
VE
RI
TAS

Netherlands

HET GEZAG VAN GEWIJSDE

IN

BURGERLIJKE ZAKEN

L. H. C. KUHN

K.

HET GEZAG VAN GEWIJSDE
IN BURGERLIJKE ZAKEN.

HET GEZAG VAN GEWIJSDE IN BURGERLIJKE ZAKEN.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP

AAN DE UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM,

op gezag van den Rector Magnificus

I. J. DE BUSSY,

Hoogleeraar in de Faculteit der Godgeleerdheid

in het openbaar te verdedigen

op Vrijdag 3 Februari 1905, des namiddags te 4 uur,

IN DE AULA DER UNIVERSITEIT

DOOR

LEENDERT HENDRIK CASPER KUHN,

geboren te Amsterdam.

AMSTERDAM — J. H. DE BUSSY — 1905.

For Ty
K

Aan mijn Ouders.

INHOUD.

HOOFDSTUK III.

DE UITSPRAKEN DER RECHTERLIJKE MACHT, WAARAAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE NIET EN DIE, WAARAAN HET WEL TOEKOMT.

HOOFDSTUK IV.

OBJECTIEVE GRENZEN VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE.

a. Toewijzende vonnissen. —

Zeker wordt uitgemaakt, dat de rechtsverhouding bestaat, p. 93. — De gedaagde mag geen excepties aanvoeren of een condictio indebiti instellen, p. 93. — (Substanzierungs-theorie).

b. Niet toewijzende „Sachurteile", p. 97. —

α. De eisch is afgewezen, omdat het niet bestaan der verhouding is aangetoond, p. 97. — Het niet bestaan wordt onbetwistbaar, p. 99. — Hetzelfde als het bestaan van een voorwaarde of tijdsbepaling is aangetoond, p. 99. — (Substanzierungs-theorie).

β. De eisch is als niet bewezen ontzegd, p. 102. — Uitsluitend wordt onbetwistbaar, dat het recht niet op de aangevoerde gronden („feiten") bestaat, p. 103. — Op grond van de uitlegging van art. 1954 2e lid B. W., p. 103, en op grond van art. 134, W. v. B. R. V., p. 108. — (Individualisierungs-theorie). Toepassing op sommige acties, p. 109. — Op deelvorderingen, p. 110. — Niet een ander „feit," wat een andere voorstelling van hetzelfde „feit" is, p. 111. — Het samentreffen van meerdere „feiten", p. 112. — Elk „feit" weegt even zwaar, p. 113. — Door zekere „feiten" met een soortnaam aan te duiden, zijn alle daaronder vallende „feiten" gesteld.—, p. 114. — Door het stellen van het laatste eener serie „feiten", zijn alle daaraan mogelijkerwijze voorafgaande mede beoordeeld, p. 115. — Men mag de reeds bewezen „feiten" nog in verband met andere „feiten" aanvoeren, p. 115. — Maar men moet ze op nieuw bewijzen, p. 115. —

Uitzondering: 1°. bij het inroepen der nietigheid bij verbintenissen, p. 116,—. 2°. bij wraking van rechters, p. 118. —

2. HET ANTWOORD OP DE VRAAG: „RECHTSVRAAG OF RECHTSVERHOUDING" TOEGEPAST OP VONNISSEN, DIE ZICH NIET MET DE ZAAK ZELVE INLATEN., p. 119. —

Formeele zijde van den „Anspuch", p. 119. — Het ontbreken van een noodzakelijke voorwaarde is aangetoond. Het bestaan van een voorwaarde is niet aangetoond, p. 122. — Toegepast op vonnissen, die den eisch niet ontvankelijk verklaren, p. 121. — Op vonnissen, die den rechter onbevoegd verklaren, p. 123. —

HOOFDSTUK V.

SUBJECTIEVE GRENZEN VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE.

Art. 1954 2e lid B. W., p. 124. —

I. PARTIJ EN VERTEGENWOORDIGING.

1. In contentieuse jurisdictie: Eischer en gedaagde; in voluntaire jurisdictie de verzoeker en degenen, die opgeroepen worden om gehoord te worden, p. 125.—. Niet is vereischt, dat dezen verschenen zijn p. 125.—.

HOOFDSTUK VI.

HET GEZAG VAN GEWIJSDE VAN BUITENLANDSCHE VONNISSEN HIER TE LANDE.



LITTERATUUR.

ASSER (C.) en VAN HEUSDE. Het Nederlandsch Burgerlijk Recht.

ASSER (T. M. C.), Schets van het Internationaal Privaatrecht.

ASSER (T. M. C.), Advies aan de Nederlandsche Juristen-vereeniging 1888.

ASSER (T. M. C.), La Convention de la Haye du 14 Novembre 1896.

AUBRY et RAU, Cours de Droit Civil Français.

BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de Droit Civil.

BINDER, Subjektive Grenzen der Rechtskraft.

BINNERTS, De Exceptie van Gewijsde. Acad. Proefschrift 1867.

BOITARD, COLMET-DAAGE, Leçons de Procédure Civil.

BRINZ, Pandekten.

BÜLOW (VON), Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten. Archiv für Civilistische Praxis, Band 62, pag. 1—96.

BÜLOW (VON), Absolute Rechtskraft des Urteils, Archiv für Civilistische Praxis, Band 83, pag. 1—153.

CARRÉ-CHAUVEAU, Lois de procédure civile.

CLAPROTH, Einleitung in das ordentliche Prozess.

CROME, Handbuch des französischen Civilrechts. Algemeiner Theil.

CROME, System des Bürgerliches Recht 1900.

DEMELIUS, Zur Lehre der Rechtskraft.

DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon.

DERNBURG, Lehrbuch des Pandekten Rechts.

DIEPHUIS, Het Nederlandsch Burgerlijk Recht.

ENDEMANN, Prinzip der Rechtskraft.

ENDEMANN, Das Deutsche Civilprozessrecht 1868.

FAURE (VAN BONEVAL), Het Nederlandsch Burgerlijk Procesrecht.

FISCHER, Von den Subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Jherings Jahrbücher, Band 40, pag. 151—248.

FISCHER, Archiv für Civilistische Praxis, Band 70, pag. 341 v.v.

FITTING, in BUSCH' Zeitschrift, Band 2, pag. 266 v. v.

FREUDENSTEIN, die Rechtskraft 1884.

GARSONNET, Traité théorique et pratique de Procédure 1898—1904.

GEIB, Theorie der gerichtlichen Kompensation, in BUSCH' Zeitschrift, Band 23, pag. 488 v. v.

HAM (VAN DEN), De Kracht van Buitenlandsche Vonnissen in het Internationaal Privaatrecht. Dissertatie 1890.

HELLWIG, Wesen und Subjective Begrenzung der Rechtskraft 1900.

HERZOG, in BUSCH' Zeitschrift, Band I, pag. 416, v.v.

JITTA (JOSEPHUS), Het Vonnis van Faillietverklaring in het Internationaal Privaatrecht. Dissertatie 1880.

JITTA (JOSEPHUS), La Méthode du Droit International Privé. 1890.

KELLER (VON), Römisches Civilprozess.

KELLER (VON), Litis contestation und Urtheil.

KIERULFF, Theorie des gemeinen Civilrechts 1839.

KLEINSCHROD, Ueber die Prozessualische Konsumption und die Rechtskraft des Civil-Urtheils, 1875.

KLÖPPEL, Die Einrede der Rechtskraft nach der Deutschen C. P. O.

LACOSTE, De la Chose Jugée, en matière civile, criminelle disciplinaire et administrative, 1e dr. 1894; 2e druk 1904.

LAND, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek.

LINDE, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 33 pag. 340.

MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code Civil.

MAYER (K.), Anspruch und Rechtskraft 1896.

MENDELSOHN-BARTHOLDY, Grenzen der Rechtskraft, 1900.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Motive zur Civil Prozess Ordnung f. d. D. R. 1879.

Ontwerp tot herziening van de eerste zes Titels van het vierde boek van het Burgerlijk Wetboek door de Staatscommissie, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 25 October 1899, N°. 45, aangeboden aan H.M. de Koningin, September 1901. (Geciteerd Staatscommissie 1901.)

OPZOOMER, Aanteekeningen op het B. W.

OPZOOMER, Het Ned. Burgerlijk Wetboek verklaard, voortgezet door J. A. LEVY, 1904.

PFEIFER, Archiv für Civilistische Praxis, Band 37 pag. 260.

PLANCK, Lehrbuch des Deutschen Civil Prozessrechts, algemeiner Teil.

POLLAK, Form und Rechtskraft der Civilurteile in Grünhut's Zeitschrift, Band 22, pag. 489.

POTHIER, Traité des Obligations tome II (de „Section" handelende over „l'Autorité de la Chose Jugée" ontbreekt in de 1e uitgave; draagt in de tweede daarom eene afzonderlinge nummering en is eerst in de latere uitgave in aansluiting aan de rest van het boek genummerd; n°. 1 der 2e uitg. is later n°. 850).

PUCHTA, Cursus der Institutionen.

RODIÈRE, De la solidarité et de l'indivisibilité.

RÜMELIN, Archiv. für civilistische Praxis, Band 88, pag. 87 v.v.

SAVIGNY (VON), System des heutigen Römischen Rechts.

SCHERLING, Objektive Grenzen der Rechtskraft, in BUSCH's Zeitschrift, Band. 32, pag. 186—221.

SCHOLLMEIJER, Arch. f. Civ. Praxis, Band 76, pag. 439.

STRUCKMANN—KOCH, Civilprozessrecht für das Deutsche Rich 1900.

SCHMIDT, Klagänderung 1888.

SCHMIDT, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts 1888.

TISSIER, Théorie et pratique de la Tierce opposition 1890.

TOULLIER, Droit civil français.

UNGER, System des Oestenreich. Privatrechts.

VALETTE, Le jugement rendu contre un débiteur sur une question de proprieté d'immeuble en s'il opposable au créasier hypothécaire dont le titre est antérieur au procés. Revue Foelix, 1844.

WACH, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Band I 1885.

WACH, Vorträge über die Reichscivilprozessordnung 1879.

WACH und LABAND, Zur Lehre von der Rechtskraft, Drei Rechtsgutachten, 1899.

WETZEL, System des ordentlichen Civilprocesses.

WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts.

ZITELMAN, BUSCH' Zeitschrift VIII, pag. 264.

BUSCH' Zeitschrift für Deutschen Civilprozess wordt geciteerd „BUSCH Zeischrift" of Z. f. C. P.

Archiv für Civilistische Praxis = Civ. Arch. of A. f. C. P.

De werken van de auteurs, van wie hier slechts één boek vermeld wordt, zijn met den naam van den schrijver geciteerd.

INLEIDING.

Het gezag van gewijsde is een gevolg van uitspraken van Organen van den Staat, die met Rechtsmacht bekleed zijn. Zonder gevaar van tegenspraak meenen wij te kunnen zeggen, dat het gezag van gewijsde bestemd is om herhalingen van procedures tegen te gaan. Meer kunnen wij voorshands niet zeggen: een definitie geven zou zijn vooruitloopen op de onderzoekingen, die wij ons voorstellen te doen.

Het gezag van gewijsde kan aan de uitspraken van alle soorten van Rechterlijke Organen toegekend worden: aan de uitspraken der Rechterlijke Colleges en Personen bekleed met Rechtsmacht in Burgerlijke Zaken, aan die dergenen, die bekleed zijn met Rechtsmacht in Strafzaken — zoowel civiel als militair —, met Disciplinaire Rechtsmacht, met Administratieve Rechtsmacht (belastingzaken, geschillen van Bestuur) [1]), met Rechtsmacht in quaesties van Volkenrecht, in vrede en in oorlog (arbitrage en prijsgerecht).

Die uitspraken kunnen invloed uitoefenen op later te geven uitspraken in geschillen van dezelfde soort: in andere Burgerlijke Zaken, in andere Strafzaken, in andere Administratieve Zaken enz. Maar zij kunnen ook invloed uitoefenen op te vellen vonnissen in geschillen van een andere categorie: vonnissen in Burgerlijke Zaken op Strafzaken en omgekeerd [2]); in Burgerlijke Zaken op Volkenrechterlijke quaesties en omge-

---

1) Vgl. Lacoste. De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative.

2) Van deze spreekt de wet in art. 1955 en 1956 B. W.; Vgl. ook artt. 3, 4, en 5 Strafvordering.

keerd; Administratieve Zaken op Burgerlijke Zaken en omgekeerd, enz..

Het zou ons veel te ver voeren dit alles na te gaan: wij willen in dit Proefschrift uitsluitend het gezag van gewijsde in Burgerlijke Zaken met betrekking tot andere Burgerlijke Zaken aan een onderzoek onderwerpen: wij zullen dus alleen spreken van het gezag van gewijsde in Burgerlijke Zaken onderling.

Wij zeiden reeds, dat het gezag van gewijsde een gevolg van de uitspraak is: het is één der vele gevolgen. Dit wordt vrij algemeen miskend: veelal wordt alleen gesproken van executie en van het gezag van gewijsde, terwijl dan alles, wat niet tot het eerste behoort tot het tweede gerekend wordt. Zelfs wordt somtijds de executie met het gezag van gewijsde verward. Dat dit tot verdere misvatting kan leiden en aan de helderheid van de voorstelling van het gezag van gewijsde zaak schaadt, ligt voor de hand.

Wij moeten het gezag van gewijsde derhalve scherp van de andere gevolgen van het vonnis, — waarmede wij dan verder in dit Proefschrift niet te maken zullen hebben — onderscheiden. Daartoe zullen wij aan de behandeling van het gezag van gewijsde een beknopt overzicht der gevolgen van de uitspraken der Rechterlijke Macht vooraf laten gaan.



HOOFDSTUK I.

De gevolgen van de Uitspraken der Rechterlijke Macht.

De handelingen der Rechterlijke Macht, waardoor zij de burgers in burgerlijke zaken bescherming verleent, hebben òf ten doel recht te scheppen òf een verklaring over het een of ander te geven.

De eersten zijn bestemd om den bestaanden toestand te wijzigen: zij zijn handelingen, waardoor de rechter op verzoek een nieuwen toestand, een nieuw recht of een nieuwe plicht in het leven doet treden.

De tweeden daarentegen houden eene uitspraak in over de vraag, of de toestand, die het voorwerp van de beoordeeling vormt, bestaat of niet bestaat. Zij zijn slechts een door den Staat gegeven verklaring over den toestand op het oogenblik der dagvaarding of der andere handeling, die het proces doet beginnen [1]).

De wet kan bepalen, dat die verklaring voor de toekomst gevolgen zal hebben, zonder dat het noodig is, dat de rechter deze daaraan uitdrukkelijk verbindt of dat partijen deze verzochten. Doet zij dit, dan brengt die verklaring stilzwijgend een verandering in den bestaanden toestand.

Doch — niet alleen, dat de wet deze aan die „verklaring" kan toekennen —, zij kan ze ook aan elke andere handeling van de Rechterlijke Macht verbinden, bijvoorbeeld aan de

---

[1]) Zie pag. 12.

enkele handeling van een vonnis te vellen, het gevolg knoopen, dat de rechter de uitspraak niet kan terugnemen.

Er bestaat dus nog eene andere groep „rechtswijzigingen" dan de hier bovenbedoelde opzettelijke veranderingen, waaraan in de litteratuur bij uitsluiting het praedicaat „rechtswijzigend" of „constitutief" wordt toegekend [1]. Wil men dit woord blijven gebruiken, dan moet men deze laatsten „rechtswijzigingen in engeren zin" noemen, en de eersten met den naam van „rechtswijzigingen in ruimeren zin" bestempelen.

I. Onder de opzettelijke wijzigingen in den bestaanden toestand moeten allereerst gerangschikt worden de verschillende bevelen en besluiten omtrent het voortgaan met de procedure: bijv. de besluiten, die termijnen bepalen voor het inleveren van memories van antwoord, repliek en dupliek; data bepalen voor het houden van pleidooien, voor het hooren van getuigen (enquête en contra-enquête), van deskundigen, van partijen, voor het afleggen van den eed, voor het verrichten van gerechtelijke plaatsopneming en voor het overleggen van het daarvan opgemaakte procesverbaal ter griffie (art. 219 Wetb. v. Burg. Rechtsv.) enz. enz.; verder bevelen omtrent schorsen der zaak (art. 254 Wetb. v. Burg. Rechtsv.).

Meestal echter bestaat de wijziging daarin, dat aan verschillende personen, partijen of derden een plicht wordt opgelegd of een recht verleend, hetzij dat die plicht of dat recht elk afzonderlijk voorkomen, hetzij dat eenerzijds een plicht, anderzijds een recht ontstaat.

1. Een plicht wordt opgelegd bij de bevelen om als getuige te verschijnen; om persoonlijk te verschijnen; om de boeken

---

[1] Sommigen geven dezen naam uitsluitend aan vonnissen, die de materieele rechtsverhouding opzettelijk wijzigen. Schmidt Prozessrecht p. 527 gaat verder; nog ruimer neemt Hellwig Subj. Gr. 1ff. dit begrip; maar geen van beiden trekken de consequentie, dat elk gevolg een rechtswijziging is.

open te leggen; of om akten te deponeeren (het laatste aan partijen of bewaarders van authentieke akten [1]).

2. Een recht wordt verleend, indien de verschillende, in de Wetboeken verspreid voorkomende, machtigingen en verloven worden verleend; òf als essentiale voor het verrichten (of doen verrichten) van eene handeling, òf tot dekking der verantwoordelijkheid van den gemachtigde.

Van de laatste soort is de machtiging aan den voogd verleend tot het instellen van rechtsvorderingen en tot het berusten in dezen (artt. 461 en 462 B. W.) [2]).

Van de eerste soort

1°. de verloven tot het instellen van middelen ter bewaring van recht, d. z. de conservatoire arresten op goederen of personen [3]). Iemand wordt daardoor het recht verleend, van den deurwaarder te eischen, dat hij beslag legge; of m. a. w. hij verkrijgt het recht iemand zijne materieele beschikkingsbevoegdheid te doen onttrekken.

Verder de maatregelen tot bewaring van recht, die aan de vrouw, die tot scheiding van goederen procedeert, veroorloofd kunnen worden (art. 808 Wetb. v. Burg. Rechtsv.).

2°. Verloven tot het verrichten van processueele handelingen:
verlof tot dagvaarding in echtscheidingsprocedure;

---

[1]) Hieronder hoort m. i. ook het
bevel tot verbetering van de Registers van den Burgerlijken Stand (art. 73 B. W.);
bevel tot verandering of verscheuring van van valschheid betichte akten (art. 194 W. v. B. R. V.);
bevel tot royeering van een hypotheek, art. 561 (W. v. B. R. V.).
Al deze plichten worden aan de betrokken ambtenaars opgelegd.

[2]) Wat het gevolg is, wanneer hij zónder verlof berust, zal in Hoofdstuk V vermeld worden, waardoor naar wij ons vleien tevens de moeilijkheden, die zich bij de interpretatie van het volgende artikel voordeden ten deele opgeheven zullen worden.

[3]) Zoo het verlof tot het leggen van beslag in de gevallen, waarin dit vereischt is (artt. 722, 727, 735, 758, 764, 770 A, 808 en 825 Wetb. van Burg. Rechtsv.). Zie hierover bijv. Asser en Van Heusde dl. I p. 267.

scheiding van tafel en bed, scheiding van goederen (artt. 816, 826 en 804 Wetb. v. Burg. Rechtsv.) [1]).

3°. Verloven tot het verrichten van rechtshandelingen:

a. aan den voogd, en daarmee gelijkgestelden, als curator en bewindvoerder, bijv.:
machtiging tot het verkoopen van effecten en onroerende goederen, tot het opnemen van gelden (art. 451 B. W.) [2]);

b. aan de echtgenoote bijv.:
machtiging tot het aangaan van rechtshandelingen en tot procedeeren, hetzij voor hare eigen goederen, hetzij voor goederen der gemeenschap (artt. 167, 169, 180 B.W.); of tot het aangaan van een nieuw huwelijk in geval van vermoedelijk overlijden van den man (art. 551 B.W.);

c. aan de onder voogdij staande kinderen:
tot het aangaan van een huwelijk bij weigering van toestemming van den voogd of toeziende voogd [3]);

---

[1]) Verlof tot dagvaarding op korten termijn;
„Last" beter verlof tot dagvaarding in kort geding in zeer spoedeischende zaken, bedoeld in art. 289 j°. 290 Wetb. v. Burg. Rechtsv.);
Verlof tot dagvaarding van „afwezigen" ten einde te hooren verklaren, dat tegen hen rechtsvermoeden van overlijden bestaat (art. 4,7° Wetb. v. Burg. Rechtsv. en art. 523 B. W.);
Verlof om kosteloos te procedeeren (artt. 855 en v.v. Wetb. v. Burg. Rechtsv.).

[2]) Tot het verwerpen van erfenissen aan den minderjarige opgekomen en tot het aanvaarden van giften (artt. 459 en 460 B. W.);
Tot het huren van goederen aan den minderjarige toebehoorend en het aannemen van schuldvorderingen jegens den minderjarige (art. 458 B. W.);
Tot het aanstellen van loontrekkende bewindvoerders; en aan de moeder-voogdes machtiging tot het behouden van de voogdij ingeval van hertrouwen (art. 405 B. W.).

[3]) SCHMIDT Prozessrecht p. 527 text en noot 2 stelt deze verloven, — die hij zeer ten onrechte noemt: „Urteile die zur Abgabe einer Willenserklärung" —, op één lijn met de hieronder te noemen wijzigingen van het materieele recht, en stelt deze gezamenlijk tegenover de executie-rechten, wat inconsequent is. Zie pag. 9.

d. aan den schipper tot het opnemen van geld (art. 324 Wetb. v. Kooph.); tot verkoop van ontladen goederen, die aan bederf onderhevig zijn (art. 489 Wetb. v. Kooph.) enz..

3. Eenerzijds wordt een recht verleend, anderzijds een plicht opgelegd. Dit geschiedt dan, wanneer de rechter iemand veroordeelt. Aan den eenen kant wordt dan de plicht opgelegd aan de veroordeeling te voldoen, aan den anderen kant het recht op executie verleend [1]).

Dit is het recht van de daartoe aangewezen autoriteiten te vorderen, dat zij de executie, desnoods met den sterken arm, verrichten [2]). Dit recht dient ter verwezenlijking van het verondersteld materieele recht, maar is volstrekt niet identiek met dat recht en moet ook niet als de publiekrechterlijke zijde van het materieele recht beschouwd worden. Het is van geheel anderen aard dan het materieele recht, en evenmin afhankelijk van het bestaan van dat recht. Het recht tot executie wordt eerst door het vonnis geboren [3]) [4]). Het heeft dikwijls een alternatief tot voorwerp, terwijl de verbintenis slechts één voorwerp had: bijv., wanneer veroordeeld is tot nakoming van de verbintenis of bij gebreke van dien tot betaling van zeker bedrag. Het executierecht

---

[1]) Gewoonlijk wordt de mogelijkheid van executie met het gezag van gewijsde als eenige gevolgen van vonnissen beschouwd, zoo bijv. FAURE II p. 214 en 218, BINNERTS p. 10, T. M. C. ASSER Internationaal Privaatr. p. 122; in de praktijk doet men veelal alsof de veroordeeling de eenige werking is: men veroordeelt iemand iets te erkennen!

[2]) Het recht behoeft de plicht niet geheel te dekken; wat bij ons dan ook dikwijls voorkomt, nl. in alle gevallen, waarin geen reëele executie kan plaats hebben. Bij een veroordeeling tot levering van eene onroerende zaak ontstaat wel de verplichting daartoe, maar niet het recht haar door staatshulp te verwezenlijken. Ware er echter bepaald, dat het vonnis als titel tot inschrijving kon gelden, dan zou er wel overeenstemming tusschen het recht en de plicht bestaan; wat zich o. a. voordoet bij hypotheek (art. 1217 B. W.).

[3]) Buiten proces ook door authentieke akte.

[4]) Vgl. hierover in het bijzonder HELLWIG Subj. Gr. p. 6 en 7. „Hieraus ergiebt sich das Resultat: die Verurteilung ist in sofern „ein Rechtsgestaltungsakt, als sie das Recht zur Zwangvollstreckung „erzeugt". Zie ook SCHMIDT § 96 p. 526.

kan voorloopig zijn, (in de gevallen bedoeld in art. 53 Wetb. v. Burg. Rechtsv.) terwijl de materiëele verplichting het niet is. Of voorwaardelijk, terwijl de verbintenis, dat karakter geenszins draagt: op een zuivere verbintenis kan de veroordeeling volgen — en dus het recht tot executie verleend worden — onder voorwaarde van zekerheidstelling [1]). Ook kan de veroordeeling in dien zin voorwaardelijk zijn, dat iemand schadevergoeding verschuldigd zal zijn voor elken dag, dat zijn onrechtmatig gedrag nog zal voortduren.

Dit recht, welks zelfstandigheid genoegzaam uit het bovenstaande blijkt, wordt verleend:

1⁰. wanneer iemand veroordeeld wordt tot een zekere praestatie of tot eene handeling niet strekkende ter voldoening van een materieel recht der tegenpartij. Als voorbeeld van het eerste mag de veroordeeling tot levering van het gekochte genoemd worden; als voorbeeld van het tweede de veroordeeling in de proceskosten [2]).

2⁰. Bij het executoir verklaren van buitenlandsche vonnissen, nl.: avery-grosse-homologaties (art. 724 Wetb. v. Kooph.), vonnissen van den Rijnvaartrechter (art. 40 Tractaat van 17 October 1868) en vreemde veroordeelingen in de proceskosten (Tractaat van 14 November 1896 artt. 10 en 11) [3]).

3⁰. Bij het executoir verklaren van Nederlandsche uitspraken en akten; nl. van uitspraken van scheidslieden (art. 639 Wetb. v. Burg. Rechtsv.); door ratificatie van boedelscheiding (art. 1121 B. W.) [4]); homologatie van het akkoord

---

[1]) De veroordeelde heeft volstrekt geen recht te verlangen, dat de eischer zekerheid stelle: wil de eischer niet executeeren dan staat dit aan hem, maar de gedaagde behoeft zich geen executie te laten welgevallen, wanneer de eischer haar niet gesteld heeft.

[2]) Hierin kan ook een niet-partij veroordeeld worden bijv. de Procureur.

[3]) Zie Hoofdstuk VI.

[4]) In dit en de volgende gevallen geschiedt dit minder uitdrukkelijk dan in de bovengenoemden.

in faillissement (art. 153 Faill. wet) en van een Nederlandsche avery-grosse (art. 724 Wetb. v. Kooph.); en door plaatsing in eene rangregeling (art. 555 Wetb. v. B. R. V. en art. 121, 196 Failliss. wet).

4. De rechter kan echter in sommige gevallen verder gaan. In plaats van een der partijen een plicht of recht op te leggen of te verleenen om tot wijziging van een materieele verhouding te geraken, kan hij soms zelf oogenblikkelijk die gewenschte wijziging doen intreden, bijv. een huwelijk ontbinden. Dit is dan niets anders dan eene eigenhandige executie, wat o. a. blijken kan door eene vergelijking van het Nederlandsche en het Fransche recht ten opzichte van echtscheiding en hypotheken. Bij het echtscheidingsvonnis wordt in ons recht het huwelijk onmiddellijk door het vonnis ontbonden [1]); in Frankrijk daarentegen eerst, doordat de ambtenaar des rechters vonnis executeert door het in de registers van den Burgerlijken Stand in te schrijven.

Bij hypotheken wisselen de beide rechten van stelsel: in Frankrijk ontstaan sommige hypotheken onmiddellijk door het vonnis, bij ons nooit anders dan door inschrijving; de executie grijpt bij ons steeds plaats door den hypotheekbewaarder. Het verschil tusschen deze vonnissen en die een recht tot executie verleenen is dus slechts een van meer of minder.

Onder die vonnissen, die den toestand oogenblikkelijk wijzigen, mogen behalve het reeds genoemde echtscheidingsvonnis [2]) gerangschikt worden:

scheiding van tafel en bed;

ontbinding van het huwelijk door voortgezette scheiding [3]);

---

[1]) Het is eigenlijk een wijziging onder ontbindende voorwaarde (het verrichten der bekendmakingen en inschrijving).

[2]) Met het gezag van gewijsde verward door bijna alle auteurs, Faure II p. 233, Lacoste n. 701, Garsonnet III § 1110 n. 10, Wach, Rechtsgutachten pag. 11 en 15, Mendelsohn-Bartholdy pag. 119 en de daar geciteerden.

[3]) Vgl. hiermede het verlof tot aangaan van een nieuw huwelijk, ingeval van vermoedelijk overlijden van den man (550 B. W.). De ontbinding grijpt plaats door het tweede huwelijk.

scheiding van goederen;

onder curateele stelling (de curandus verliest onmiddellijk zijne bevoegdheden);

meerderjarigverklaring,

handlichting en intrekking van handlichting (artt. 480 en 485 B.W.)[1];

verklaring van vermoedelijk overlijden (onmiddellijk ontstaan hieruit allerlei materieele rechten voor de erfgenamen):

vernietiging van een huwelijk of van een rechtshandeling[2]);

ontbinding van een overeenkomst;

ontbinding eener vereeniging en het ontnemen van rechtspersoonlijkheid;

de in integrum restitutio tegen de aanvaarding eener erfenis;

vernietiging van een boedelscheiding en ontbinding van het accoord;

het toewijzen van een onroerend goed en de verdeeling van een onroerend goed[3];

het leggen, doen voortduren en opheffen van beslagen, waardoor de beschikkingsbevoegdheid ontnomen wordt of blijft, of herleeft, te weten:

het leggen van een beslag, door iemand in staat van faillissement te verklaren[4],

of door hem surséance van betaling te verleenen[5];

[1]) Vgl. met handlichting volgens de Wet van 4 Juli 1874 (Stb. No. 91) de oude bepaling, dat de kantonrechter des vaders verklaring van handlichting in ontvangst zou nemen.

[2]) Als de Wet dit laatste kent.
Door Lacoste in n. 54, o. a. verward met het gezag van gewijsde.

[3]) Vgl. Hellwig Subj. Gr. p. 97.

[4]) Hellwig Subj. Gr. pag. 1 Noot 1. Dat het vonnis een nieuwen toestand doet ontstaan, zal wel niemand ontkennen. Doordat hier van een „verklaring" of van een „jugement déclaratoir de la faillite" gesproken wordt, rangschikte men het soms onder déclaratoire-vonnissen. Mendelsohn-Bartholdy pag. 118, noot 1. Hier wordt het beslag gelegd door den rechter, terwijl dit gewoonlijk gebeurt door den deurwaarder.

[5]) Door deze worden tevens alle executie-rechten geschorst; twee wijzigingen van den bestaanden toestand dus.

het doen voortduren van een beslag door van waardeverklaring der conservatorie arresten [1];

het opheffen van een beslag – met terugwerkende kracht — door de van waardeverklaring te weigeren [2] (vgl. het opheffen van de stuiting tegen een huwelijksvoltrekking gedaan), of door het faillissement op te heffen, of de surséance in te trekken [3].

Nauw met die wijzigingen van den materieelen toestand verwant zijn de verschillende benoemingen, die de rechter mag doen. Daardoor immers verleent hij aan de benoemde personen zekere bevoegdheden. En omgekeerd het ontslag aan die personen of hunne afzetting, waardoor de bevoegdheden weer ontnomen worden. De door de Rechterlijke Macht te benoemen personen zijn: voogden, toeziende voogden, curatoren, bewindvoerders en bewaarders in geval van sequestratie [4].

5. Niet alleen echter, dat de rechter den materieelen toestand mag wijzigen; ook komt hem het recht toe in bepaalde gevallen een rechterlijke uitspraak op te heffen, hetzij een, die van een lageren rechter afkomstig is, hetzij een, die door hem zelf gedaan is. Doet hij dit, dan wordt gewoonlijk het vonnis met al zijne gevolgen opgeheven: het nieuwe komt dan in plaats van het oude en wordt gerekend op het oogenblik der eerste dagvaarding geveld te zijn [5]. Soms echter wordt het slechts gedeeltelijk opgeheven en wordt het oude

---

[1]) Vgl. het van waardeverklaren van een aanbod van gereede betaling. M. i. is dit een onmiddellijke opheffing der verbintenis door het vonnis (artt. 1444, 1445 en 1447 B. W.) Zie Land dl. III (oud) ad art. 1444.

[2]) Ook door het leggen van een nieuw beslag, nl. door de failliet-verklaring.

[3]) Onder deze wijzingen valt m. i. ook het schatten van schadevergoedingen en uitkeeringen naar wederzijdschen stand en vermogen na echtscheiding; voorts schadevergoedingen van de artt. 1406 B.W. v. v. en de niet op geld waardeerbare verbintenissen en alimentatie.
Door Lacoste in n. 83 met het gezag van gewijsde verward.

[4]) Iets dergelijks lijkt mij de rehabilitatie. Het karakter van dit „eerherstel", nadat er geen „eerverlies" is geweest, is echter zeer twijfelachtig.

[5]) M. i. ook dan, wanneer de Hooge Raad het vonnis vernietigt en de zaak naar eenen anderen rechter verwijst.

door het nieuwe aangevuld — (bijv. bij derden-verzet). Die opheffingen gebeuren slechts op verzoek van een der partijen of van een derde en daartoe hebben zij slechts zeer enkele middelen, die gewoonlijk aan termijnen gebonden zijn. Die middelen zijn:

verzet;
hooger beroep en revisie;
cassatie;
request-civiel;
ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen;
derden-verzet; en
een verzoek in geval van jurisdictie geschillen.

Het was ons slechts te doen hier een beeld te geven van de vele opzettelijk te verleenen gevolgen van vonnissen; geenszins om een volledige behandeling dier gevolgen, die ver buiten het bestek van dit Proefschrift zou liggen. — Daarom meenen wij met het bovenstaande te kunnen volstaan, om ons thans onledig te houden met de gevolgen, die de wet stilzwijgend aan de uitspraken der Rechterlijke Macht verbindt.

II. Al zijn zij minder in aantal, niet minder belangrijk zijn de gevolgen, die de wet stilzwijgend aan een vonnis verbindt en wel in het bijzonder aan het daarin vastgestelde.

1. Beginnen wij met de minst belangrijke: door het vonnis wordt de verjaring gestuit; de interessen van geldsommen worden verschuldigd; de aansprakelijkheid van den bezitter te goeder trouw wordt verzwaard; alles met terugwerkende kracht tot den dag van het begin van het proces. Dit kan echter niet als de heerschende opinie beschouwd worden; integendeel, ik geloof hierin alleen te staan. Algemeen ziet men hierin gevolgen van de dagvaarding [1]). Nochtans waag ik het hiertegen het volgende aan te voeren. Waren het werkelijk gevolgen van de dagvaarding, dan zouden deze gevolgen niet intreden, wanneer de zaak zonder dagvaarding

[1]) Bijv. FAURE II p. 54, GARSONNET III § 1122.

was aangebracht, waarvan in onze wet vele voorbeelden te vinden zijn: bijv., wanneer partijen zich te zamen bij den kantonrechter vervoegen, wanneer er in reconventie geageerd wordt en wanneer partijen door een Rechter-Commissaris naar de terechtzitting verwezen zijn (zoogenaamde renvooy processen in rangregeling en faillissement). Bovendien zouden die gevolgen aan den anderen kant wel intreden, — behalve wanneer de eisch is toegewezen — wanneer hij niet ontvankelijk is verklaard of de rechter zich onbevoegd heeft verklaard [1]). Dat dit niet het stelsel van den wetgever is, blijkt voor de stuiting uit art. 2017 B. W., dat als uitzondering bepaalt, dat ook de dagvaarding voor eenen onbevoegden rechter de verjaring stuit [2]). Voor het loopen van interessen zou het geheel in strijd zijn met de bedoeling der wet. Deze heeft de bepaling, dat de interessen niet van af den dag der aanmaning, maar van dien der dagvaarding loopen, gegeven om te voorkomen, dat men door een enkele handeling een schuld rentegevend kan doen worden; zij strekt om den debiteur te beveiligen tegen het loopen van interessen. Zou dit voorschrift niet geheel illusoir worden, wanneer men aannam, dat een niet-ontvankelijke dagvaarding voor eenen onbevoegden rechter de renteschuld kon doen ontstaan?

Daarom moeten het stellig gevolgen van vonnissen zijn [3]).

2. Een veel belangrijker gevolg bestaat hierin, dat de uitspraak een einde maakt aan het proces of althans daarvan een deel afsluit. Dit principe kan niet aan twijfel onderhevig

---

[1]) Niet, uit den aard der zaak, bij afwijzende vonnissen, en bij diegenen, die ontslag van instantie verleenen of den afstand goedkeuren.

[2]) Geheel zonder gevaar is die bepaling ook daar niet. Dagvaardt bijv. iemand een ander tegen het eind van eenen verjaringstermijn voor een absoluut onbevoegden rechter, dan is de verjaring met 30 jaar verlengd. Daardoor kan de verjaringstermijn dus tot een kleine 60 jaar verlengd worden! Onschuldig is dit niet.

[3]) GARSONNET, § 1122, die deze als gevolgen van de dagvaarding beschouwt, meent, dat een niet-toewijzend vonnis die gevolgen opheft. Beide opinies stemmen dus hierin overeen, dat in elk geval die gevolgen door het vonnis getroffen kunnen worden, hetzij dat ze verwekt worden, hetzij dat zij opgeheven worden.

zijn: het ligt in den aard der zaak, dat dit zoo is [1]). Het komt er slechts op aan het consequent toe te passen. De aanhangigheid der zaak houdt op [2]), waardoor de rechter onbevoegd wordt zijn uitspraak terug te nemen of daaraan iets te veranderen. — Al ontdekt hij de een of andere fout, hij mag haar niet herstellen of verbeteren [3]). Vraagt een der partijen verbetering, hij zal haar ambtshalve moeten terugwijzen. Heeft hij eenmaal een termijn bepaald, een plicht opgelegd, een verlof of executierecht verleend, de materieele verhouding gewijzigd, dan staat het hem niet meer vrij die gevolgen op te heffen, tenzij — zooals vanzelf spreekt — de wet anders bepaalt [4]). Heeft hij in een incidenteel vonnis iets vastgesteld, dan zal hij, in dat proces, daarop niet meer terug mogen komen en hij zal dit als grondslag van volgende beslissingen in het proces moeten laten gelden [5]).

Partijen van hunnen kant worden onbevoegd in dat proces nogmaals over hetzelfde punt te beginnen. Is bijv. eenmaal een getuige gewraakt, een enquête bevolen, een termijn bepaald, dan spreekt het van zelf, dat partijen niet onmiddellijk opnieuw beginnen mogen daarover te twisten; nam men het tegendeel aan, dan zou het in de macht van elke partij staan om de beeindiging van het proces te beletten. Maar, wil die

[1]) Garsonnet § 1118, Schmidt § 96, p. 526.

[2]) Dit heeft weer 3 gevolgen: 1°. dat de rechters enz. weer eigenaren kunnen worden van zaken, waarvan zij dat tijdelijk niet konden (art. 1504 B. W.); 2°. dat des debiteurs recht, naar keuze aan één der hoofdelijke crediteuren te betalen, herleeft (art. 1315 B. W.) en 3° dat de excepties van aanhangigheid en verknochtheid niet meer voorgesteld mogen worden. Zie voor de aanhangigheid. Faure II. pag. 222.

[3]) Behalve in het geval bedoeld in art. 780 Wetb. v. Burg. Rechtsv. in de procedure bij rekening en verantwoording.

[4]) Dit doet zij, wanneer zij veroorlooft het alimentatie-bedrag (art. 380 B. W.), de uitkeeringen aan den gescheiden echtgenoot, het bedrag der voogdij-hypotheek te vermeerderen of te verminderen (art. 394 B. W.); of het verlof tot voortzetting der nering met den langstlevenden echtgenoot in te trekken (art. 466 B. W.). Ten onrechte beschouwt de C. P. O. § 323 dit — dat men bij verandering der omstandigheden verlangen kan, dat de periodieke uitkeeringen dienovereenkomstig gewijzigd worden — als een inbreuk op het gezag van gewijsde.

[5]) Tenzij de Wet anders bepaalt of de historie het tegendeel moet doen aannemen, wat bij de praeparatoire vonnissen het geval is.

bepaling doeltreffend zijn, dan moet de rechter een dergelijke betwisting onmiddellijk zonder antwoord, repliek of dupliek kunnen terugwijzen; of m. a. w. hij moet dit ambtshalve doen [1].

3. Ten slotte heeft de Wet soms aan het vonnis nog een gevolg toegekend, dat ook voor de verst verwijderde toekomst een herhaling der procedure belet; zij kent aan het door den rechter uitgemaakte een werking toe, die reikt buiten de grenzen van het eerste proces. Wat de grond, wat de inhoud, wat het wezen dier werking is, aan welke vonnissen dit gevolg verbonden is en wat de objectieve, wat de subjectieve grenzen van deze werking zijn, zal het onderwerp van de volgende hoofdstukken van dit Proefschrift uitmaken.

Hier echter is het, naar het mij voorkomt, de plaats er op te wijzen, dat dit gevolg volstrekt niet onvereenigbaar is met de andere hier bovengenoemde. Al wordt bijv. de materieele verhouding gewijzigd, dan sluit dit — uit den aard der zaak — volstrekt niet uit, dat bovendien iets verstaan wordt, dat een verklaring gegeven wordt, over eenen bestaanden toestand. Wordt bijv. een bestaand huwelijk ontbonden, dan wordt vooraf verstaan, dat er reden tot echtscheiding is, bijv. gepleegd overspel. Niets anders gebeurt meestal, wanneer een recht tot executie verleend wordt: gewoonlijk wordt vooraf verstaan, dat de praestatie verschuldigd is [2] [3].

[1] Vgl. over deze werking SCHMIDT, PROZESSR. p. 541 en 526. Deze werking wordt meestal met gezag van gewijsde verward. Het Duitsche Recht onderscheidt ze scherp: aan den eenen kant bepaalt het, dat de rechter in het proces aan de „Zwischenurteile" gebonden is; aan den anderen kant, dat deze *nooit* gezag van geweigerd hebben.

[2] Wordt de rechtswijziging of het executie-recht geweigerd, dan wordt alleen iets verstaan; bijv. dat er geen overspel gepleegd is. Het afwijzende vonnis heeft dus minder werkingen dan het toewijzende.

[3] Al deze gevolgen vormen samen het gezag van het vonnis of casu quo van het gewijsde. Het is dus onjuist, dat de wet in 1953 B. W. het laatste gevolg aanduidt met de woorden: „het gezag, dat de wet aan regterlijk gewijsde toekent." Dat hier alleen het laatste bedoeld is — het gezag aan het vastgestelde geknoopt — volgt èn uit de plaatsing onder „Vermoedens", èn uit de text van art. 1351 Code Civil, dat spreekt van l'autorité de la chose jugée.

Wij hebben thans de verschillende opzettelijke en niet-opzettelijke gevolgen der uitspraak opgesomd en meenen nu nog de aandacht te moeten vestigen op een eigenschap dier gevolgen, die aan allen gemeen is.

Elkeen moet erkennen, dat de verschillende gevolgen van het vonnis bestaan, d. w. z. de wijzigingen in den bestaanden toestand gebracht zijn, men kan bijv. niet ontkennen, dat het vonnis gezag van gewijsde tusschen partijen heeft [1]), dat een machtiging of een executierecht verleend, een materieele verhouding gewijzigd is. Heeft dus een vrouw na rechterlijke machtiging een rechtshandeling verricht, dan kan de man niet meer in rechte beweren, dat de handeling nietig is wegens onbevoegdheid der vrouw [2]).

Heeft de rechter een overeenkomst ontbonden of een handeling vernietigd, dan kan niemand het bestaan van die overeenkomst of handeling meer volhouden [3]); doch geenszins zal dit iemand beletten vol te houden, dat hij — desniettegenstaande — bijv. krachtens art. 1377 Burg. Wetb. — gerechtigd is en blijft hetgeen hij krachtens die vernietigde handeling verkreeg te behouden.

Is een beslag gelegd, dan kan niemand ontkennen, dat op het goed beslag ligt. Dit is altijd en overal waar en dus niet alleen in burgerlijke zaken, maar ook in strafzaken en administratieve procedures [4]) [5]).

---

[1]) Vgl daarover pag. 150.

[2]) Anders: LACOSTE n. 147.

[3]) Is dus een bestaande huur ontbonden, dan kan de onderhuurder niet meer beweren, dat zij nog voortduurt; zijn recht is dus tevens opgeheven. Anders echter, wanneer de huur nietig is verklaard. Dit declaratoir heeft alleen gezag van gewijsde tusschen partijen. HELLWIG echter meent, dat de verhuurder den onderhuurder nooit langer behoeft te dulden dan den huurder. Ik kan dit ecther niet in B.G. B §§ 566 III en 604 IV lezen; maar zeker staat het niet in onze wet. Zie pag. 135 noot 1.

[4]) Komt dus in een strafzaak ter sprake of op een goed beslag ligt, dan staat dat door dat vonnis vast. Is echter vereischt, dat het beslag „wettig" is, dan heeft de beslissing daaromtrent geen invloed op de strafzaak, daar dit alleen gezag van gewijsde heeft tusschen partijen en deze nooit in een strafzaak tegenover elkaar komen te staan.

[5]) Of die derden opheffing van die gevolgen kunnen verzoeken is een andere vraag: zij kunnen dit zeker bij scheiding van goederen, faillissement en beslag; of zij in andere gevallen derden verzet mogen doen, is betwistbaar, maar ligt buiten ons onderwerp.

Evenmin kan iemand het bestaan van een recht tot executie ontkennen, of het feit, dat een executie, heeft plaats gehad.

Dit gezichtspunt heeft vooral beteekenis voor de verhouding van den erfgenaam, die onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaard heeft, tegenover legatarissen en crediteuren en in de andere gevallen, waarin iemand maar tot zeker bedrag gebonden is [1]). De veroordeelingen van en de executie tegen zoo'n debiteur, vallen onder de gebeurtenissen, die het vermogen verminderen. Ieder moet dat erkennen, onverschillig hoe het vonnis tot stand kwam; of het een verstek-vonnis is of niet, doet niets ter zake.

Ieder heeft echter in de eerste plaats het recht door derden verzet tegen die benadeeling door het vonnis op te komen [2]); en in de tweede plaats mag hij dien debiteur persoonlijk aanspreken, wanneer het diens schuld was, dat dit executierecht ten onrechte ontstond [3]).

Hetzelfde geldt als iemands erfrecht ontkend is en de tegenpartij door executie in het bezit der nalatenschap is geraakt. Dit bezit der nalatenschap is een niet te loochenen feit. Daarom mag ieder aan den overwinnaar betalen, en zal hij, zoo doende, krachtens art. 1422, B. W. bevrijd worden [4]).

Niets anders geldt voor de crediteuren eener nalatenschap: zij hebben wel het recht zich op den overwinnaar te verhalen, omdat hij in het bezit der nalatenschap is, maar zij behoeven het niet. Zij kunnen tegenover den overwonnene volhouden, dat hij erfgenaam is en dus aansprakelijk [5]).

---

[1]) Bijv. liquidateur van een ontbonden naaml. vennootschap of andere rechtspersoon of onbeheerde nalatenschap.

[2]) Ware dit een uitbreiding van het gezag van gewijsde tot derden, dan zou, zooals wij later zien zullen die derde dat niet mogen beweren. Om die uitbreiding echter aan te nemen ontbreekt, zooals wij ook later zien zullen, alle grond. Pag. 178.

[3]) Vgl. over Derden verzet. pag. 35, noot 1.

[4]) Natuurlijk behoeft hij het niet, maar dan is het à ses risques et périls.

[5]) Zij hebben natuurlijk ook het recht tegen den verliezer te ageeren, mits zij slechts diens erfrecht aantoonen.

Een karakteristiek voorbeeld van het algemeen moeten erkennen, dat de executie heeft plaats gehad, levert ook het geval op, dat een ondeelbare verbindtenis of recht is geëxecuteerd. Is een van de debiteuren veroordeeld, of heeft één der crediteuren de veroordeeling verkregen, en heeft de executie plaats gehad, dan is de verbindtenis te niet gegaan. Is een servituut geëxecuteerd, dan baat de executie den anderen medeëigenaren. Het is dus niet, dat de „victoria creditoris et aliis prodest"; het is de „executio victoriae" die de debiteuren bevrijdt, of den medeëigenaren baat [1]).

Aan het eind van ons overzicht der gevolgen van het vonnis gekomen, willen wij, ter voorkoming van misverstand, nog een enkel woord wijden aan de authentieke akte van het vonnis opgemaakt. Alle bovengenoemde gevolgen zijn werkingen van het eigenlijke vonnis of beschikking van de mondelinge uitspraak des rechters [2]). Deze laatste — en dus al hare gevolgen — worden bewezen door de authentieke akte, die daarvan binnen 24 uur door den president van het college, of door den kantonrechter en den griffier moet worden opgemaakt. Art. 60 W. v. B. R. V. Dat geschrift bewijst dus tegenover iedereen, wat de inhoud, wat de werking der uitspraak is [3]), bijv. dat een machtiging verleend is, of dat een overeenkomst ontbonden is, of wel, dat iets vastgesteld is. Mocht in een gegeven geval de akte niet met de uitspraak overeenstemmen [4]), dan moet men haar van valschheid be-

---

[1]) L. 4. § 3 D. si serv. vind. 8.5. si fundus cui iter debetur plurium sit unicuique competit actio. Itaque de jure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit.

[2]) Het verandert niets aan de zaak, wanneer de akte niet authentiek is, wat in een enkel geval voorkomt, nl. wanneer een beslissing door scheidslieden is gegeven Wel wordt dit vonnis gedeponeerd, maar authentiek wordt de akte niet.

[3]) Onjuist is dus OPZOOMER's beweren dat men de gronden van het vonnis niet kennen kan, wanneer zij geen gezag van gewijsde hebben. Deze staan toch volkomen vast door de authentieke akte van de uitspraak opgemaakt. III ad. 1954.

[4]) Het heeft dus volstrekt niets met „gezag van gewijsde" te maken, wanneer dit niet het geval is. Evenmin het geval dat het uitgesprokene niet met het door het college besliste overeenstemt. Anders op beide punten ENDEMANN, Lehrb. p. 533, 555.

tichten. Is de akte, wegens een gebrek in den vorm bijv., nietig, dan zal haar nietigheid moeten worden ingeroepen [1]). Maar of men het een of ander doet, het eigenlijke vonnis blijft intact [2]).

---

1) In dat geval en eveneens in het geval, dat er geen akte van de uitspraak is opgemaakt, zal men m.i. den inhoud door getuigen of door phonogram mogen bewijzen.

Anders FAURE II 223, die meent, dat als de expeditie niet voldoet aan Art. 62 j° 59 W. v. B. R. V. er geen behoorlijk vonnis is gewezen.

2) Anders moet men beslissen, wanneer de beschikking niet uitgesproken is, maar alleen in een akte opgenomen. Is dan de akte nietig, dan is de beschikking het ook. Dit komt in jurisdictio voluntaria voor.

HOOFDSTUK II.

Grond, inhoud en wezen van het gezag van gewijsde zaak.

Wanneer in een vonnis het een of ander is vastgesteld, dan geldt dit uit den aard der zaak slechts voor het tegenwoordige [1]). Geenszins is daardoor de mogelijkheid buiten gesloten, dat dezelfde vraag in een nieuw, in een tweede proces nogmaals — hetzij door partijen, hetzij door derden — aan denzelfden of aan een anderen rechter voorgelegd wordt. Maar is dit ook altijd veroorloofd? En zoo niet, wanneer is het dan wel, wanneer dan niet toegestaan? Waar loopt de grens?

De behoefte aan rechtszekerheid; de noodzakelijkheid de tegenpartij te beschermen tegen de last en de moeite, die elke nieuwe verdediging hem zou veroorzaken en niet minder de dringende eisch om de Rechterlijke Macht te vrijwaren tegen telkens nieuwe herhaling van onderzoek, maken het hoogst wenschelijk de toelaatbaarheid te beperken.

Aan den anderen kant bestaat de mogelijkheid, dat de waarheid niet gebleken is; dat de beslissing onjuist is, hetzij, doordat de rechter zijn plicht verzuimd heeft, hetzij, doordat men niet over de noodige bewijzen en tegenbewijzen kon beschikken. Deze mogelijkheid maakt, dat men

---

[1]) Wij zullen dan ook later (p. 62) zien, dat zeer veel van het vastgestelde alleen beteekenis heeft voor het proces, waarin het is vastgesteld. Zie ook p. 14.

bedoelde beperking slechts binnen zekere grenzen kan dulden [1]).

Daarom zal van het standpunt van den wetgever de toelaatbaarheid regel, het verbod tot herhaling uitzondering zijn [2]), die alleen gesteld mag worden na zorgvuldige overweging van voor- en nadeel. Hoever die uitzondering gaat is een vraag van het positieve recht, en wel van het positieve procesrecht [3]).

Men kan bovengenoemd doel, herhalingen te voorkomen, op verschillende wijzen verwezenlijken.

In de eerste plaats zóó, dat, wanneer over een zaak op een formeele wijze een proces begonnen is, zij niet wederom aan het oordeel des rechters onderworpen mag worden. Qua de re semel actum est amplius agi non potest [4]). Het zwaarte-

---

[1]) Von Bülow Arch. f. civ. Praxis Bd. 62 p. 92.
Wach Vorträge S. 75.
Planck Bd. I p. 255.
Schmidt Prozesr. p. § 97.
Binnerts p. 36, die echter op p. 31, noot 2 vermoedelijke overeenstemming met de waarheid als grond opgeeft.
Endemann echter meent, dat het daarom in het algemeen verkeerd is bij ons dien regel „res judicata pro veritate habetur" toe te passen (Prinzip p. 7. Prozessr. § 162 ff.)

[2]) Het zooeven gezegde alleen is dus de grond van het gezag van gewijsde, zooals thans door de nieuweren vrij wel algemeen aangenomen wordt. Mendelsohn-Bartholdy p. 304, No. 32 S. 153, Schmidt Prozesrecht p. 528 § 97, Planck I § 53 p. 254, Regelsberger Pandekten § 196 p. 698.
Als verouderd en verlaten kunnen de opinies beschouwd worden, dat het gezag van gewijsde toegekend wordt wegens „vermoedelijke overeenstemming met de waarheid" of dat de aard van het vonnis zou zijn, dat de beslissing definitief was. Dat dit laatste niet waar kan zijn, volgt onmiddellijk uit het feit, dat in alle vonnissen over zeer veel niet definitief beslist wordt en dat er eveneens vonnissen bestaan die geen gezag van gewijsde hebben.
Het gevolg dezer laatste opinie was, dat als dogma gesteld werd: alles wat beslist is heeft bindende kracht (Von Savigny). Het is weer een geval van „Ueberschätzung des logischen Elements im Rechte", waarvan Jhering, Geist des R. R. II 2e afd. § 59 afkeurend spreekt. Vgl. ook Fischer in Jher. Jahrb. 40 p. 158. Binder pag. 2. Schmidt Klagänderung p. 173; zeer te recht „Ein logisches Vernunftprinzip liegt an diesem Institut nicht zu Grunde."
Evenmin is de grond een contract om de beslissing te laten gelden: Garsonnet § 1126 No. 7 in strijd met den text van dezelfde §.

[3]) Het is waarschijnlijk, dat aan de kracht van het vonnis in het oudste recht het begrip Godsoordeel, ordale, niet vreemd was.

[4]) Vgl. Gajus IV 108 en Rudorf, Römische Rechtsgeschichte II 260 ff.

punt ligt dan in het formeele begin (litis contestatio bijv.). Dat er geen andere beslissing omtrent de zaak gegeven kan worden, is daarvan slechts een gevolg, dat het middel haar te verkrijgen ontbreekt. De actie is geconsumeerd. Een nieuwe behandeling is onmogelijk, om het even of het tot een beslissing kwam of niet [1]).

Dezen weg sloeg het oud-Romeinsche Recht in en kon het inslaan door zijnen eigenaardigen procesvorm. Daar immers had men als formeel begin de litis contestatio, waarbij onder medewerking van den praetor vastgesteld werd, dat er te beslissen was; en verder door welken judex, tusschen welke partijen, en over welke vraag de beslissing gegeven zou worden. De magistraat had daarmede alle hulp verleend, die voor het onderhavige geval te verlangen was. Daarom scheen het gerechtvaardigd en billijk een nieuwe behandeling der zaak uit te sluiten en te weigeren [2]).

Maar nadat in den lateren keizertijd de formula verdwenen was en daarmee de zoo gemakkelijk uiterlijk herkenbare grens tusschen de behandeling in jure en in judicio, verloor ook de litis contestatio deze beteekenis en viel daardoor de grond voor het weigeren van een nieuwe behandeling weg. De in billijkheid vòòr het geval te verlangen hulp was eerst verleend door de beslissing, niet, zooals vroeger, met het aanduiden der beslissing. Res semel judicata amplius judicari non potest.

Deze, de actio consumeerende werking was dus op het vonnis [3]) overgebracht [4]). Maar toen men eenmaal aan het

---

[1]) PLANCK, Bd. I p. 256 vervolgt: is er echter een beslissing gevallen, „so bildet sie unabänderliche Norm für die Beurteilung der entschiedenen Sache". Dit schijnt mij niet juist. In het oud-Romeinsche Recht gold niet de inhoud van het vonnis: immers was na een geslaagde revindicatie van den eischer, de gedaagde niet verhinderd zelf een revindicatie van het bedoelde goed in te stellen.

Zie bijv. VON KELLER, Röm. Civilpr. 304. Wij kunnen niet op het Rom. Recht verder ingaan.

[2]) Het schijnt, dat de praetor eenvoudig geen nieuwe formula verleende. L. 207 D. De reg. jur. 50. 17. GARSONNET § 1126 N. 3.

[3]) Deze phase van het Romeinsche Recht wordt door PLANCK en in navolging van hem door SCHMIDT over het hoofd gezien Prozessr. 597.

[4]) Aldus: VON KELLER l. c. pag. 302.

vonnis kracht ging toekennen, begreep men, dat men dit ook wel op andere wijze doen kon; dat men in plaats van de actie te doen consumeeren, kon bepalen, dat de inhoud van het vonnis, het in het vonnis vastgestelde, kracht zou hebben. Res judicata pro veritate habetur. Aldus in het Justiniaansch Recht en het oudere Duitsche Recht [1]). Dit is wat genoemd wordt: materieele kracht van gewijsde, gezag van gewijsde zaak; materielle Rechtskraft, of autorité de la chose jugée.

De consumptio actionis (negatieve werking) en het gezag van gewijsde zaak (positieve werking) zijn dus begrippen, die elkander niet dekken. De werking der eerste is in sommige opzichten ruimer, in andere minder vèr gaande.

De consumptio ging hierin verder en zelfs te ver, dat zij — hetzij door litis contestatio, hetzij door vonnis — iemand voor altijd van zijn recht kon berooven: ook dan, wanneer een eisch was afgewezen wegens plus petitio [2]) of wegens het nog niet verloopen zijn van een termijn, waarop de praestatie verschuldigd was, is het den eischer voor goed onmogelijk zijn recht nog te doen gelden.

Aan den anderen kant echter beschermde zij noch den gedaagde noch den eischer tegen acties, die het tegendeel vormen van den eersten eisch. Wanneer des eischers eigendom erkend was, kon hij later volhouden niet eigenaar te zijn; en eveneens kon de gedaagde volhouden eigenaar te zijn: door de consumptio der actie werd hun het recht niet ontnomen een en ander alsnog in rechte te beweren [3]).

Deze bezwaren zijn ondervangen, wanneer men den inhoud van het vonnis laat gelden, wanneer men aan het vonnis „materieele rechtskracht" toekent.

Maar daaruit volgt dan ook onmiddellijk, dat die consumptio en dat gezag van gewijsde niet naast elkander kunnen bestaan; dan immers, zoude de werking der consumptio, voorzooverre zij verder gaat dan die van het gezag van gewijsde,

---

1) L. 207 D. de R. J. 50.17.
Gerichtsverfahren im Mittelalter I p. 321 f., 163.

2) Deze is het eerst afgeschaft en wel bij: § 33 Inst. De act.

3) Dit laatste was bij de tweezijdige legisactiones natuurlijk voorkomen, zie Von Keller, Röm. Civilpr. pag. 304.

blijven bestaan en zou één der grootste fouten der klassieke consumptio bestendigd zijn [1]).

Maar behalve, dat beider omvang verschilt, verschilt ook de wijze, waarop men ze kan doen gelden. Beide kunnen natuurlijk ambtshalve in acht genomen worden [2]); maar wanneer dit niet mag geschieden, komt het verschil uit.

De consumptio kan alleen door exceptie verwezenlijkt worden. Wordt de geconsumeerde actie nogmaals ingesteld, dan beroept men zich bij exceptie op haar te niet gaan. Uit den aard der zaak kan die exceptie alleen door gedaagde ingesteld worden.

Op den inhoud van het vonnis echter kan men zich ook tot staving van zijnen eisch beroepen. Daartoe behoeft men geen exceptie in te stellen, maar is een eenvoudig beroep op het vonnis geoorloofd. Dat beroep kan uit den aard der zaak zoowel door eischer als door gedaagde gedaan worden. Bijv. kan dus de eischer, wanneer zijn recht is vastgesteld, zich in een volgend proces op het vaststaan van dat recht beroepen. Hij kan dit tot grondslag van zijn eisch maken.

Dit — natuurlijk — tenzij het positieve recht het uitsluit. Zoo deed het Romeinsche recht, dat tengevolge van de nawerking der vroegere instellingen, ook de „materieele rechtskracht" slechts door exceptio wilde verwezenlijkt zien. De praetor kon immers alleen door exceptio beschermen. Maar hierdoor is de toepassing beperkt. Wel kon toen ook de eischer zich bij exceptie op den inhoud van het vonnis beroepen, wanneer de gedaagde de revindicatie

---

[1]) SCHMIDT, Klagänderung p. 183 erkent, dat van klassieke consumptio geen sprake kan zijn; maar meent wel van eene andere; en deze zou hoofdzaak zijn. In de eerste plaats echter zegt hij niet, wat geconsumeerd wordt; en in de tweede plaats leert een beschouwing der gevolgen, dat consumptio geen hoofdzaak zijn kan. Dan moest immers door het vonnis de „Anspruch" te niet gaan, onverschillig, wat de inhoud der beslissing is; dat dit tegenwoordig niet meer zoo is, staat boven allen twijfel verheven.

In zijn Lehrbuch § 97, doet hij het voorkomen of er wel nog van de klassieke consumptio sprake is.

[2]) Dit zien bijna allen over het hoofd; of het zoo was in het Romeinsch-Recht, kunnen wij hier niet nagaan; vgl. pag. 22 noot 2.

instelde, maar tot staving van zijn recht kan hij er zich in latere procedures niet op beroepen. Wil hij, als hij beweert een servituut te hebben, zich op het vaststaan van zijn eigendom beroepen, dan kan hij dat niet doen, want van een „exceptio" is dan geen sprake. Zoowel de negatieve als de positieve werking konden dus alleen door exceptio verwezenlijkt worden. Zoo sprak men daar van de negatieve en de positieve werking der exceptio rei judicatae [1]).

Het mag als zeker aangenomen worden, dat bij ons een eenvoudig beroep [2]) veroorloofd is [3]). Geen enkele bepaling handhaaft de vroegere beperking. In een servituutproces, om bij het zooeven genoemde voorbeeld te blijven, kan dus tegenwoordig de eigenaar zich wel op het vaststaan van den eigendom beroepen.

Wat de inhoud der werking van het gezag van gewijsde is, en op welke wijze het verwezenlijkt kan worden, hebben wij uiteengezet. Maar wat is nu het wezen der werking? De meeningen der schrijvers loopen zeer uiteen. Het merkwaardigste is, dat bijna alle schrijvers [4]) hunne opinie als

---

[1]) v. KELLER, Römisches Civil-Prozessr. p. 306, Litis kontestation und Urtheil pag. 223.

[2]) Zoo ook in het Duitsche Recht. De II Komm. des B. G. B. Bd. I S. 255 stelde voor: „Das rechtkräftige Urteil hat die Wirkung, „dass das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aber-„kannte nicht mehr geltend gemacht werden kann." Wanneer iets toegekend is, mag dus het tegendeel niet meer beweerd worden; maar de exceptio rei judicatae is niet ontvankelijk, wanneer het toegekende nogmaals gevorderd wordt. Zie om de motieven, die haar hiertoe leidden, Mot. B. G. B. I. p. 372

Door de verwerping van dit systeem staat vast, dat de Duitsche wet op dit punt met de onze overeenstemt.

[3]) Vroeger is het wel betwist door VAN BELL, Ned. Jaarboeken IX blz. 636, wiens leer echter als verlaten beschouwd mag worden. Vragende of dit beroep veroorloofd is, of dat alleen een exceptie dienst kan doen, vraagt men algemeen: hebben wij de positieve dan wel de negatieve werking van het Romeinsche Recht? Men vergeet dus, dat daar alleen de exceptie dienst deed. Aldus bijv.: BINNERTS pag. 126, Staatscommissie van 1901, Mem. v. Toel. pag. 201 en 205.

[4]) Zie pag. 26 noot 4; p. 34.

SCHMIDT, Klagänderung pag. 181, echter noemt er twee, die hij beiden mogelijk acht, al naar mate men de „Individualisierungs"- of wel de „Substanzierungstheorie" huldigt (zie pag. 82): „Objektif Recht" en „Fiktion von Wahrheit".

vanzelf sprekend beschouwen en de afwijkenden met stilzwijgen voorbijgaan. En zelfs is de eenige, HELLWIG [1]), die er een overzicht van geeft, niet geheel volledig. Toch is dit punt niet onbelangrijk en in de volgende hoofdstukken, speciaal bij de subjectieve grenzen, zullen wij er nog op moeten wijzen, welke verwarring verkeerde opvattingen omtrent het wezen van het gezag van gewijsde na zich sleepen [2]).

De algemeene en tot dusverre bijna onbestreden leer onderscheidt tusschen formeele en materieele kracht van gewijsde en beschouwt de laatste werking als eene, die tot het materieele recht behoort. POTHIER n⁰. 55 (= 904) bijv. zegt: „eadem debet esse ratio judiciorum in quibus videmus quasi-contrahere, ac conventionum. VON SAVIGNY [3]) laat zich aldus uit, — terwijl hij alleen aan het meest gewone geval: „actie tot veroordeeling tot een praestatie denkt" —: de winnende partij krijgt tegen over den overwonnene een „Recht auf „Anwendung der Fiktion der Wahrheit, so dass das aus dem „Urteil entspringende Rechtsverhältnis völlig die Natur einer „Obligation habe" [4]) [5]).

En WINDSCHEID geeft deze omschrijving, dat de „aberkannte „Anspruch erlischt, und das verurteilende Erkenntnis einen „neuen Anspruch begründet".

De leer van het gezag van gewijsde behoort echter geheel tot het proces. De zoogenaamde „materieele kracht van gewijsde" is geen materieel gevolg van een vonnis, maar

---

[1]) Deze behandelt niet SCHMIDT's (Prozessr. § 97, 14) opvatting, dat het „objectif Recht" is.

[2]) Zie pag. 140.

[3]) Bd. VI S. 467.

[4]) Aan volgelingen ontbreekt het niet; talrijk zijn zij, die hetzij uitdrukkelijk, hetzij meer implicite er op wijzen, dat de materiëele verhouding te niet gaat.
Bijv.: om slechts nieuwere te noemen:
STRUCKMANN KOCH zu § 322, Amn. 5.
FITTING Lehrb. 9 Aufl. § 71 I.
CROME. System des Bürgerl. Rechts S. 571, Alg. Theil des franz. Civ. R. § 47.

Het Fransche Recht plaatst het onder bewijs van overeenkomsten

een processueel of formeel gevolg [1]). Zonder dit goed in het oog te houden kan men deze leer niet volkomen ontwikkelen en behoorlijk de vele vragen beantwoorden, waartoe de praktijk aanleiding heeft gegeven.

Wij zagen, dat de „materieele kracht van gewijsde" daarin bestaat, dat het uitgemaakte zal gelden, dat de beide partijen dus van de Rechterlijke Macht verlangen kunnen, dat zij zich niet op nieuw met die zaak inlate; dat elk hunner eischen kan, dat de tegenpartij het uitgemaakte niet meer betwiste.

Aangezien nu de mogelijkheid iets te betwisten tot het procesrecht behoort, moet de onbetwistbaarheid ook daartoe behooren [2]). Zij kan geen voorwerp zijn van een materieele verplichting van de tegenpartij [3]). Het gezag is veeleer een begrip van dezelfde soort als de onbetwistbaarheid, die de wet aan de gerechtelijke bekentenis heeft toegekend. Het onderscheid bestaat voornamelijk hierin, dat deze laatste slechts in het aanhangige proces geldt [4]). Maar in geen van beide gevallen is er sprake van een bewijsmiddel; de toegegeven bewering van de tegenpartij en het door het vonnis vastgestelde hebben geen bewijs noodig [5]). Ware dit anders, dan

[1]) Gaupp—Stein Bem. III zie § 322.
Hellwig. Subj. Grenzen p. 10.
Schmidt in Prozessrecht. Inl. tot § 97.
Garsonnet III § 1121.

[2]) Wach's argumentatie, Handb. I S. 128 gaat niet op. Hij betoogt daar, dat de wet, die de „materieele kracht van gewijsde" regelt „die „Bestimmung des Wesens des wichtigsten gerichtsbarkeitlichen Aktes „enthält und deshalb nicht Regel über privatrechtliches Verhältniss „sein kann." Weliswaar behoort natuurlijk de leer van vonnissen en hare gevolgen tot het procesrecht; dat heeft nooit iemand ontkend, naar ik weet; maar daaruit volgt niet, dat een vonnis geen materieele gevolgen kan hebben en heeft, evengoed als een dagvaarding zulke gevolgen heeft. Wij zagen trouwens reeds, dat een vonnis soms materieele gevolgen heeft (p. 9.) Hetzelfde geldt van wat Von Bülow zegt in Archiv. f. civ. Praxis, Bd. 83. S. 64 f. Hij toont daar zeer terecht aan, dat een vonnis geen „Rechtsverhältniss" is; maar ook daaruit volgt volstrekt niet, dat het geene materieele gevolgen kan hebben.

[3]) Von Bülow l. c. S. 124. No. 118.

[4]) Men zou deze onbetwistbaarheid misschien ook mogen vergelijken met die van den decisoiren eed. Het schijnt, dat het daardoor vaststaande feit ook in volgende processen zal vaststaan. De werking van den eed en van het gezag van gewijsde worden dan ook veelal gelijk gesteld.

[5]) Staatscommissie 1901 M. v. T. pag. 197.

zou, wanneer de voormalige eischer om den een of anderen reden nogmaals dezelfde actie instelt, een beroep op het vorige vonnis medebrengen, dat de eisch toegewezen werd. En als vaststaande mogen wij aanmerken, dat die eisch niet ontvankelijk verklaard wordt [1]). En eveneens zou een, in een revindicatie overwonnen, gedaagde, wanneer hij den eigendom opvordert, volgens de gewone regels bewijs van dien eigendom moeten leveren, eventueel de voormalige eischer tegenbewijs. Het kan echter als zeker gelden, dat de voormalige gedaagde niet tot dit bewijs toegelaten wordt. Ook de gevolgen dus, die gene opvatting noodzakelijker wijze zou hebben, toonen aan, dat het gezag van gewijsde geen bewijsmiddel is [2]).

En dat hetgeen „wettelijk vermoeden" [3]) is, waaronder onze wet het rangschikt in art. 1953 Burg. Wetb., behoeft niet meer in extenso aangetoond te worden na hetgeen hierover reeds op zoo heldere wijze door BINNERTS [4]) en FAURE [5]) is gezegd, laatstelijk nog aangevuld door de Staatscommissie van 1901 [6]). Als slotsom hunner gezamenlijke betoogen, mogen wij constateeren, dat 1°. het gezag van gewijsde niet onder de definitie valt, die de wet van wettelijke

---

[1]) DERNBURG PAND, I § 163 noot 1 verklaart haar met gemis aan „belang" bij den eischer. Ten onrechte echter: wanneer de eischer den tijd voor executie heeft laten verloopen of andere „motieven" wenscht, heeft hij wel degelijk belang bij herhaling en desniettegenstaande zal volgens de algemeene opinie de actie niet ontvankelijk zijn.

[2]) VON BÜLOW Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 62 p. 75ff toonde overtuigend aan, dat het geen „Fiktion von Wahrheit" kan zijn, zooals VON SAVIGNY wil. Diens standpunt is dan ook geheel verlaten.
BINNERTS p. 31 spreekt van „formeele waarheid"; dit is een naam, die veel verklaring behoeft en op zich zelf allerminst eene verklaring.

[3]) Dat deze geen bewijsmiddelen zijn, wordt duidelijk uiteengezet door de Staatscommissie 1901. Mem. v. Toel. p. 52 en thans algemeen aangenomen.

[4]) Pag. 26. ss. vgl. ook DIEPHUIS IX N°. 357.

[5]) II, pag. 221.

[6]) Mem. v. Toel. pag. 197 en 53.

vermoedens geeft en dat 2°. dit laatste begrip logisch onjuist en onhoudbaar is [1] [2].

Wordt dus het bestaan van een recht erkend, dan is — onverschillig of het een absoluut dan wel een relatief recht is — daarmede de mogelijkheid afgesneden, te ontkennen [3], dat dit recht destijds [4] bestaan heeft. Daardoor wordt elk proces, waarin het bestaan van het recht ter sprake komt, voor partijen veel gemakkelijker gemaakt.

En is het bestaan der verhouding ontkend, dan gaat door het vonnis, wanneer het onjuist is, die verhouding niet te niet, maar het wordt onmogelijk haar bestaan alsnog in rechte vol te houden, welk rechtsgevolg men uit haar ook zou willen afleiden; men wordt niet gehoord, non auditur.

Meent men, dat het declaratoire vonnis verder gaat dan deze „onbetwistbaarheid, neemt men aan, dat het onjuiste vonnis een materieele verhouding kan doen ontstaan of te niet gaan, en dat het juiste vonnis een rechtsfeit oplevert, dat met een nieuwe materieele causa [5] op één lijn gesteld mag worden, dan komt men in strijd met het begrip van het (processueele) declaratoir over bestaand recht. — Dit begrip bedoelt iets geheel anders dan het scheppen van een

---

[1] Geheel onjuist is dus ook de opvatting, dat het vonnis tegenover partijen een wettelijk vermoeden zonder tegen bewijs zou opleveren, tegen derden echter behoudens tegenbewijs. Hiermede is echter volstrekt niet bewezen, dat er geen bewijswerking bestaat tegen over derden. Zie pag. 35 noot 1.

[2] Terwijl dit bij ons dus als boven allen twijfel verheven mag beschouwd worden, schijnt geen enkele Fransche auteur hiervan eenige „Ahnung" te hebben. Trouw gaan zij voort met „Présomption absolue de vérité"; zie de nieuwsten: GARSONNET § 1126, LACOSTE p. 1.

[3] Te recht maakt GAUPP-STEIN Bem. II zu § 372 note 11, de opmerking, dat de uitdrukking „K a n n nicht mehr bestritten werden" niet volkomen juist is. Hetzelfde geldt van de uitdrukking onbetwistbaar. Met de eene zoowel als de andere wordt bedoeld, dat de betwisting niet meer vrijstaat, dat het r e c h t tot betwisten ontbreekt, niet dat betwisting niet m o g e l ij k is.

[4] „Destijds", dat wil voor ons recht zeggen op het oogenblik van het begin van het proces; voor het Duitsche komt in aanmerking „die Zeit der letzten Thatsachenverhandlung."

[5] Daarvan spreekt WACH Rechtsgutachten pag. 9 en geeft op pag. 10 als voorbeeld: Ist zwischen A und B ein Mietverhaltnis vernunt so existiert es slechthin nicht, denn existieren kann es als dieses individuelle nur zwischen A und B; vgl. nog Hoofdst. V pag. 150.

nieuwe materieele verhouding. Het ligt noch in de bedoeling des rechters zulk een te scheppen, noch is het de bedoeling van het procesrecht partijen in de gelegenheid te stellen dit te weeg te brengen. Proceshandelingen dienen alleen hiertoe, om den rechter het noodige materiaal te verschaffen ter beoordeeling eener reeds bestaande verhouding. Partijen hebben niet het recht door verstek of door het beweren en erkennen van onware feiten de materieele verhouding te wijzigen. Slechts dit staat hun vrij, opzettelijk of onwillekeurig door het onjuist voeren van een proces een vonnis te verkrijgen, waarbij het uitgemaakte niet in overeenstemming is met het materieele recht. Maar evenmin als de eischer eigenaar wordt, doordat gedaagde zijn eigendom erkent, evenmin als het vorderingsrecht te niet gaat, doordat de gedaagde in strijd met de waarheid de terugbetaling erkent, en evenmin als een hypotheek te niet gaat, doordat de eischer niet verschijnt en er verstek tegen hem verleend wordt, zoo brengt ook het vonnis, dat op grond van die proceshandelingen geveld wordt, geen wijziging in de materieele rechtsverhouding.

Wie het tegendeel beweert, maakt van het declaratoire vonnis, een grond van ontstaan en te niet gaan van rechten, die naast alle andere in het materieele recht genoemde gronden, en geheel gelijkwaardig aan deze, zou bestaan [1]). Het vonnis zou dan als middel kunnen dienen om elke gewilde wijziging in een privaatrechterlijke verhouding te brengen.

Het onhoudbare dezer opvatting treedt terstond aan het licht, wanneer men de vonnissen, die iemand als eigenaar of gerechtigde tot andere absolute rechten erkennen, in ver-

---

[1]) Het schijnt, dat De Groot dit aanneemt in zijn Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid III D. 49 § 1. „Uit oorzaecke van „buiten werden de verbindtenisse krachteloos gemaeckt door vonnisse „of te vonnis gelijck, de welcke in rechten bij verzet jegens den eisch mogen voortgebracht worden."

En onder de afdeeling „Van eigendom en desselfs onderscheidingen ende 't bekomen van dien" staat in § 7: „Voorts wie een vonnis „heeft verkreghen van een zaecke 't sijnen voordeele .... werd „daardoor bevrijd van den eisch van den eigenaar ende mag hem „door verzet van vonnisse daerjeghens behelpen zulckes als hierna „oock ten aenzien van verbindtenisse zal worden gezeit."

Dit staat dus in den titel van het bekomen van eigendom.

band brengt met den regel, dat het vonnis slechts tusschen partijen geldt. Overwint een niet-eigenaar dan zou men noodzakelijk een dubbelen relatieven eigendom op de zaak moeten erkennen: de ten onrechte overwonnen eigenaar heeft den eigendom tegenover den overwinnenden eischer verloren, maar behouden tegenover derden. In werkelijkheid heeft het vonnis alleen dit gevolg, dat de overwonnen gedaagde den eigendom van den overwinnaar niet meer betwisten mag. Was de overwonnen gedaagde de werkelijke eigenaar, dan is daarmee tot zwijgen gebracht de eenige persoon, die het recht had tegenover den eischer zijn eigendom vol te houden en daardoor is de overwinnaar practisch geheel in de positie van eigenaar, zoolang hij althans het bezit heeft. Verliest hij dit laatste echter en stelt hij tegenover derden een revindicatie in, dan behoort hij daarmede afgewezen te worden, daar hij zijn eigendom niet kan aantoonen.

Dat hij niet-eigenaar is, blijkt verder ook uit de positie, die hij en die personen, welke hun recht van hem afleiden, innemen, wanneer het vonnis door request-civiel of door ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen opgeheven wordt. Ware het eigendomsrecht op den overwinnaar overgegaan, dan zouden ook de rechtverkrijgenden eigenaars zijn en, wanneer de akte, waardoor zij hun recht verkregen — het vonnis — opgeheven werd, dan zouden hij en zij althans bezitters te goeder trouw zijn. Maar nu de eigendom niet overgaat, zijn zij, als zij het gebrek van het vonnis kenden, bezitters te kwader trouw en aldus aan de scherpere bepalingen onderworpen.

Betreft het vonnis een persoonlijke vordering, dan komen beide opvattingen schijnbaar op hetzelfde neer, daar de verbintenis toch slechts tusschen partijen bestaat. Het schijnt identiek of men zegt: de ten onrechte afgewezen vordering is te niet gegaan; of: zij bestaat nog wel, maar kan op geen enkele wijze meer geldig worden gemaakt. En eveneens of men zegt: het recht bestaat krachtens de erkenning; dan wel of men zegt: partijen kunnen niet meer loochenen, dat het bestaat.

Maar ook bij deze vonnissen toont zich het verschil, wanneer

de verbintenis aan één of aan beide kanten meer subjecten heeft (solidaire verbintenissen en verbintenissen met een ondeelbare zaak tot voorwerp) en bij verbintenissen ten behoeve van derden.

Ging de materieele verhouding te niet[1]) dan zouden door het afwijzende vonnis alle mededebiteuren bevrijd zijn en de medecrediteuren hun recht verloren hebben. Bij de andere opvatting echter moet men aannemen, dat alleen tusschen partijen onbetwistbaar wordt, dat de verbintenis niet bestaat [2]). En is bij de verbintenis ten behoeve van een derde, het niet bestaan tusschen degenen, die haar aangingen, vastgesteld, dan gaat volgens de onjuiste opvatting de verbintenis te niet en is de derde van zijn recht beroofd; neemt men daarentegen aan, dat alleen tusschen partijen onbetwistbaar wordt, dat de verbintenis niet bestaat, dan behoudt de derde zijn volle recht [3]) [4]).

Het gezag van gewijsde is dus geen materieel, maar een

---

[1]) Uit het feit, dat de rechten, die gewoonlijk in korten tijd verjaren, na vonnis eerst in 30 jaar verjaren, volgt allerminst, dat er een nieuwe materieele verhouding ontstaat. HELLWIG Subj. Gr. p. 18. Het blijkt hieruit, dat B. G. B. § 218 I Subj. 2 (en II) aan het feit, dat van een verbintenis een authentieke akte is opgemaakt, dezelfde kracht toekent.

GARSONNET § 1121 beschouwt de verlenging der verjaring bedoeld in art. 189 Code de Commerce, als een inbreuk op den regel, dat geen materieel recht veranderd wordt. (Bij ons is het art. niet overgenomen, 206 Wetb. v. Kooph.).

[2]) Tenzij de wet uitdrukkelijk anders zou bepalen. Zie hierover pag. 137.

[3]) Ten onrechte voert HELLWIG Subj. Grenzen pag. 16 aan, dat de deugdelijkheid van zijn stelling — die ook de onze is — blijkt uit het feit, dat, wanneer in een „Wiederaufnahme-verfahren" het vonnis wordt opgeheven, de vruchten en interessen loopen, alsof er vroeger nooit een vonnis geveld was. Dat zulk vonnis terugwerkende kracht heeft bewijst niets. J. A. VAN HAMEL toont duidelijk aan, dat het toekennen van de werking ex nunc of ex tunc een zuivere quaestie van politiek van den wetgever is. De leer der nulliteiten in het Burg. Recht pag. 141.

[4]) Bepaalt de wet in een gegeven geval, dat het declaratoir tegenover allen geldt, dan komt het natuurlijk op hetzelfde neer, welke opvatting men huldigt. Bepaalt de wet, dat bijv. een declaratoir van nietigheid tegenover allen geldt, dan komt het practisch geheel op hetzelfde neer of de verbintenis is opgeheven, mits men daaraan een terugwerkende kracht verbindt. Zoowel bij de een als bij de andere opvatting kunnen de rechten van derden, te goeder trouw verkregen, geëerbiedigd worden.

formeel gevolg van het vonnis [1] [2]). Het bestaat daarin, dat den rechter verboden wordt zich nogmaals met het uitgemaakte bezig te houden en hem gelast wordt dit als grondslag van volgende beslissingen aan te nemen en tevens, dat partijen een recht verkrijgen te verlangen, dat de zaak niet meer betwist worde en dat de rechter de beslissing aanneme.

Het is nu de vraag, wat de hoofdzaak is: die rechten van partijen of het verbod aan den rechter? Dit is niet een vraag, die uitsluitend theoretisch van belang is; zij heeft ook een belangrijke practische zijde. Gaat men er van uit, dat de werking gelegen zou zijn in een verbod aan den rechter, dan zou deze het gezag van gewijsde [3]) steeds ambtshalve moeten toepassen; stelt men zich op het andere standpunt, dan moet het gezag van gewijsde alleen werken, wanneer er beroep op gedaan wordt. En voor ons recht is het niet twijfelachtig, dat er geen sprake kan zijn van ambtshalve toepassing [4]). Want behalve, dat zulks niet in de historische lijn ligt, wijzen de uitdrukkingen in onze wet voorkomende in art. 1954 Burg. Wetboek: „inroepen van het gezag van gewijsde", en in art. 160 (oud) Wetb. van Burg. Rechtsvordering: „exceptie van gewijsde zaak" allerminst op ambtshalve toepassing. — Bovendien is deze leer onvereenigbaar met art. 427 Wetb. van Burg. Rechtsvordering. Hier wordt gezegd, dat „Behalve in de gevallen bij de wet op de Rechterlijke Organisatie

[1]) Hiermede heeft niets te maken, of de inhoud „nach privatrechtlichem Gesichtspunkte oder nach prozessualischem zu bestimmen ist", waarvan SCHMIDT spreekt Klagänderung p. 180, vgl. Hoofdstuk IV pag. 82 v. v.

[2]) De materieele rechtsverhouding blijft dus ongedeerd; daarnaast ontstaan die rechten en verplichtingen. Het is onjuist hier van een „naturalis obligatio" te spreken, om de eigenaardige gevolgen, die art. 1395 B. W. daaraan hecht, zie pag. 93. Bovendien zou men dan ook moeten aannemen, dat een naturale dominium, een natuurlijk servituut, een natuurlijk huwelijk, of een natuurlijke bloedverwantschap overbleef (!), in geval men daarover procedeerde, en het bestaan ten onrechte ontkend was.

[3]) Dit is de opinie van HELLWIG Subj. Gr. p. 11, GAUPP—STEIN Bem. III zu § 322 en VON BÜLOW Archiv. f. civ. Praxis 83 S. 64 f.; voor het Duitsche Recht niet alleen, maar als algemeen beginsel. M. i. is het een vraag van positieve wetgeving.

[4]) GARSONNET § 1126 p. 540 en LACOSTE om de jongste Fransche te noemen, verder alle Hollandsche auteurs; anders Breda 11 Nov. 1895, bevestigend een vonnis van het Kgr. te Zevenbergen 19 Sept. 1895.

vermeld" er bovendien grond tot cassatie bestaat, wanneer er tusschen dezelfde partijen in dezelfde zaak in hoogste ressort tegenstrijdige vonnissen gewezen zijn. Of m. a. w.: grond tot cassatie is het niet gebruik maken van het gezag van gewijsde. Ware ambtshalve toepassing voorgeschreven en desniettegenstaande het gezag van gewijsde geïgnoreerd, dan had de rechter zich schuldig gemaakt aan schending der wet en zou dat „behalve" geen zin hebben [1]).

Hoofdzaak zijn dus de rechten van partijen om te eischen, dat de tegenpartij niet meer betwiste en dat de rechter het uitgemaakte aanneme als grondslag voor nieuwe beslissingen. En als gevolg van deze rechten, die zeker materieele procesrechten zijn, ontstaat de verplichting van den rechter betwisting niet meer aan te hooren en op het uitgemaakte als basis voort te bouwen, wanneer partijen of één hunner dit verlangt.

Het gaat niet aan dit te vergelijken met objectief recht, met wetgeving, zooals bijv. SCHMIDT en PLANCK [2]) gedaan hebben. Het eenig punt van overeenkomst, dat ik vinden kan, is, dat men zoowel op den inhoud van de wet als op dien van een vonnis een beroep mag doen, terwijl het geen van beiden subjectieve materiëele rechten zijn. Talrijk zijn echter de verschilpunten. Het doel van beiden verschilt: bij de een, bij de wetgeving, is het doel stellen van algemeene regels voor de toekomst; bij een vonnis — voorzoover het declaratoir is — te bepalen, hoe op een zeker oogenblik in het verleden eene verhouding was. Het eene geldt voor allen in alle gevallen, het andere slechts voor één geval, gewoonlijk slechts tusschen twee personen. Het eene wordt ambtshalve toegepast, het andere slechts, wanneer er beroep op gedaan wordt.

Die analogie gaat dus niet op, en kan slechts aan de helderheid der voorstelling schaden. De werking is, naar het mij voorkomt, zoowel in haar inhoud als in haar wezen volkomen aangeduid, wanneer men zegt: het gezag van gewijsde zaak

---

1) Men heeft op dit art. ook een beroep gedaan tot ondersteuning der leer van ambtshalve toepassing, zeggende, dat de rechter niet verplicht kan zijn willens en wetens een cassabel vonnis te wijzen. Uit het bovenstaande blijkt, dat hij dit wel degelijk is.

2) Zie pag. 150, noot 2.

bestaat hierin, dat voor partijen het materiëele procesrecht ontstaat, te eischen, dat het vastgestelde niet meer betwist worde en dat het door den rechter als vaststaand aangenomen worde [1]).

Aan het slot dezer beschouwingen moet er nog met nadruk gewezen worden, dat het hoogst wenschelijk zou zijn de uitdrukking „materieele kracht van gewijsde" geheel te verbannen. Deze is immers maar al te zeer geschikt de bestreden opvatting, dat het gezag van gewijsde in wijziging der materieele verhouding zou bestaan, te bestendigen [2]).

Spreekt men van „formeele kracht van gewijsde" dan

[1]) Sommige Fransche auteurs nemen aan, dat het gezag van gewijsde tegenover derden steeds een wettelijk vermoeden oplevert behoudens tegenbewijs. DEMOLOMBE XXX, p. 355, no. 375.

Ook de Minister bij het maken van den Code: „L'arrêt qui adjuge la propriété au demandeur, le constitue propriétaire non seulement vis-à-vis du débiteur, mais absolument et vis-à-vis de tous et ce droit de propriété subsiste, tant que l'arrêt n'est pas détruit, Locré Espr. du C. de P. C. II 283.

Terecht verzetten LAURENT VI No. 159 en LACOSTE No. 739 zich hier tegen. Onlangs echter heeft MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 91 opnieuw en met nieuwe gronden verdedigd, dat het uitgemaakte tegenover derden bewijs, behoudens tegenbewijs, oplevert. Hij leidt dit af uit het bestaan van het middel van „derden verzet". Want, zegt hij, dit verzet kan op grond der historie niet gedaan worden tegen benadeeling door executies; en ook niet tegen benadeeling door gezag van gewijsde, omdat het gezag van gewijsde in onbetwistbaarheid bestaat en het derden verzet, juist betwisting zou zijn. Het een zoowel als het andere is onjuist: vgl. voor het laatste pag. 51 beneden, wat nu het eerste aangaat moeten wij opmerken, dat hij o. i. de aangevoerde oude plaatsen verkeerd interpreteert. Al spreekt de Ordonnantie van 1539, art. 108, van „tièrs-opposants contre les arrêts ou jugements de nos cours souveraines"; in Coutumes de Berry (RICHEBOURG III p. 939) van 1539 XVII titre 2 wordt wel degelijk van tièrs-opposition tegen executie gesproken. Want in bedoelden titre 2 staat: Celuy qui succombe en matière possessoire ou d'exécution doit soixante sols parisis d'amende en la ville et septaine de Bourges et de Dun de Roy, et, en toutes les autres villes Royales du pays de Berry soixante sols tournois: et l e tièrs-opposant à l'excécution s'il succombe doit à Yssoudon cinq sols tournois.

De Ordonnance de 1667 Titre XXVII art. 10 et 11 spreekt van „opposition à l'exécution. Hoe MENDELSOHN zich op deze plaatsen steunen kan om te bewijzen, dat het verzet niet tegen benadeeling door executie gericht mag worden is mij een raadsel.

Maar zelfs als hij gelijk had in zijn beide opmerkingen, dan nog zou er geen „bewijswerking" uit volgen, daar wij aantoonden, dat er nog andere gevolgen bestaan dan de twee door hem genoemde. In onze wet is maar eenmaal sprake van „bewijswerking" van het gedeclareerde tegenover derden en wel in art. 755 Wetb. v. Burg. Rechtsv.

[2]) Zie MAYER p. 52 en vooral HELLWIG p. 20.

heeft men niet de werking op het oog, maar veeleer de eigenschap [1]) der uitspraak, dat zij beveiligd is tegen gewone rechtsmiddelen [2]). Het begrip „kracht van gewijsde" duidt dus volstrekt niet twee gevolgen van het vonnis aan, waarvan het eene formeel, het andere materieel zou zijn, — terwijl bovendien vaststaat, dat wat hier „materieel" genoemd wordt, een formeel gevolg is —.

Evenmin kan gezegd worden, dat deze terminologie in overeenstemming is met onze wet; deze spreekt gewoonlijk van: gezag van gewijsde, gezag van gewijsde zaak en kracht van gewijsde [3]); een enkele maal van rechtskracht: dit alles om de werking van het vonnis aan te duiden.

Wil zij de eigenschap van het vonnis, dat het niet meer door gewone middelen aangetast kan worden, aanduiden, dan ontmoet men meestal de uitdrukkingen: „het vonnis is in kracht van gewijsde gegaan", „is in kracht van uiterlijk gewijsde gegaan" of „wanneer er bij uiterlijk gewijsde over beslist is" [4]). Zij vermijdt dus meest deze eigenschap als een gevolg van het vonnis aan te duiden.

En voor de toekomst achten wij het aanbevelenswaardig den term „materieele kracht van gewijsde" te vervangen door „gezag van gewijsde zaak" of bij afkorting: „gezag van gewijsde". In de plaats van den term „formeele kracht van gewijsde" treden dan òf de wettelijke terminologie: „is in kracht van (uiterlijk) gewijsde gegaan"; òf wel de woorden: „heeft kracht van uiterlijk gewijsde"; òf ook men kan de vonnissen, die de bedoelde eigenschap bezitten, kort weg aanduiden met de woorden: „(uiterlijke) gewijsden" [5]).

[1]) Schmidt Prozessrecht pag. 542 en 525, noot 1.

[2]) Verzet, Hooger Beroep en Cassatie.

[3]) Art. 1953 B.W., 121, 196 Faill. wet; 25 Faill. wet.

[4]) Art. 125, 1239, 1899, 1955 B.W.; soms echter, nadat het vonnis kracht v. gewijsde bekomen heeft, art. 246 en 503 B.W.

[5]) Wij willen hier nog opmerken, dat de uitdrukking: „gewijsde" bij de werking en bij de eigenschap niet dezelfde beteekenis heeft. In de uitdrukking „kracht van uiterlijk gewijsde", beteekent zij ongeveer „vonnis"; in de uitdrukking „gezag van gewijsde" is zij afkorting van „gewijsde zaak" en vertaling van res judicata en kan zij omschreven worden als „het gezag van de beoordeelde zaak" of in beter Hollandsch: „het gezag aan het beoordeeld zijn der zaak verbonden". Men bedenke, dat men dit laatste niet anders in het Latijn vertalen kan dan door: „auctoritas rei judicatae".

HOOFDSTUK III.

De uitspraken der Rechterlijke Macht, waaraan het gezag van gewijsde niet en die, waaraan het wel toekomt.

Alvorens na te gaan, wat door uitspraken onbetwistbaar wordt, kunnen en moeten wij onderzoeken, welke beslissingen het gezag van gewijsde wel, welke dit niet kunnen bezitten. Aan sommige namelijk kan het gezag van gewijsde zaak niet toekomen. Deze uitspraken worden derhalve niet beheerscht door de regels, die wij in het vervolg van dit Proefschrift zullen aangeven en ontwikkelen. Ten einde verwarring te voorkomen is het noodzakelijk reeds hier het gebied van ons onderwerp te begrenzen.

Het gezag van gewijsde komt alleen toe aan een verklaring over een bestaand iets, aan hetgeen verstaan is, al of niet te bestaan [1]). Het spreekt van zelf, dat het niet de bedoeling des rechters zijn mag dit voorloopig vast te stellen, en dat dus als conditio sine qua non moet gelden, dat hij een definitief oordeel heeft willen geven[2]). Het is bestemd personen tegen herhalingen van processen te beschermen, omdat dit hunne belangen zou kunnen benadeelen [3]). Daartoe moeten zij steeds het gezag van gewijsde inroepen. Ambtshalve wordt het niet toegepast.

Een rechterlijke uitspraak moet dus om gezag van gewijsde te hebben ongetwijfeld voldoen aan deze vier voorwaarden, 1°. er

---

[1]) Pag. 15.
[2]) GARSONNET § 1133 sub. 4°.
[3]) Pag. 21.

moet iets „verstaan zijn" [1]), 2°. dit mag niet voorloopig zijn, 3°. herhaling moet denkbaar zijn [2]) en 4°. er moeten partijen zijn. Kan er aan den eenen kant van gezag van gewijsde geen sprake zijn bij een vonnis, dat niet aan alle vier gestelde vereischten voldoet, aan den anderen kant echter moet aan elke uitspraak onzer Rechterlijke Macht, die aan deze vereischten beantwoordt, dat gezag toegekend worden. Iets anders is bij het ontbreken van elke bepaling in onze wetten niet aan te nemen.

I. Nu zijn er vele uitspraken, die in een of meer opzichten niet aan de gestelde eischen voldoen.

1. Zeer vele uitspraken — beschikkingen of vonnissen — in voluntaire jurisdictie gegeven [3]).

In de eerste plaats allen, die geveld zijn in de jurisdictio voluntaria mera. In de tweede plaats, diegenen in de jurisdictio voluntaria mixta, waarbij geen toestand of feit erkend wordt.

Van dien aard zijn: de beschikking, die iemand meerderjarig verklaart [4]);

die toestemming verleent tot het aangaan van een huwelijk, wanneer de voogd deze weigerde [5]);

die den voogd verlof verleenen het goed van den minderjarige zelve te huren [6]);

die hem machtigen een erfenis te verwerpen [7]);

---

[1]) Duitsche Recht erkent zonder dit geen vonnis; en wanneer het geen vonnis is kan het geen gezag van gewijsde hebben op grond van § 325 C. P. O. (Planck I 447 ff.).

[2]) Aldus Schmidt Prozessrecht § 97.

[3]) Onjuist is de bewering, dat „beschikkingen" nooit gezag van gewijsde kunnen hebben, omdat het geen gewijsden zijn. Binnerts pag. 54. Wel is waar spreekt Art. 1954 Burg. Wetb. van „het gezag, dat de wet aan gewijsden toekent". Wij wezen echter reeds vroeger er op, dat dit een onjuiste uitdrukking is voor „gezag van gewijsde" pag. 15 noot 8. En op pag. 36 hebben wij in noot 6 uiteengezet, dat het woord „gewijsde" in die uitdrukking niets met het woord gewijsde vonnis te maken heeft.

Dit moet anders zijn voor het Duitsche Recht, waar van „Rechtskraft der Urteile" gesproken wordt.

[4]) Art. 473 v.v. Burg. Wetboek.

[5]) Art. 95 B. W.

[6]) Art. 458 B. W.

[7]) Art. 459 B. W.

die hem machtigen tot het instellen eener rechtsvordering, of tot het berusten daarin [1];

en die de vrouw machtigen, wanneer de man weigert haar autorisatie te verleenen [2] [3]) enz..

Hetzelfde geldt natuurlijk van de uitspraken, die deze machtigingen weigeren [4]).

In andere gevallen van vrijwillige jurisdictie ontbreekt „belang"; zoo bijv. bij het verzoek tot handlichting, art. 480 B. W. De rechter zal wel is waar een declaratoir geven over het bestaan van de vereischte toestemming des vaders; maar haar aanwezig zijn, erkend of ontkend, heeft nimmer belang voor volgende processen, daar alleen relevant is: het bestaan van de toestemming in het aanhangige proces.

Ook zal het bij dergelijke beschikkingen voorkomen, dat hoewel er iets vastgesteld is, er niemand is, die daarop een beroep zou kunnen doen.

Men denke slechts aan het geval, dat de vrouw machtiging gekregen heeft wegens onverwijlde noodzakelijkheid in geval van afwezigheid van den man, art. 180 B. W. De noodzakelijkheid is erkend, maar daar de vrouw de eenige persoon in het proces was, kan zij er zich tegenover niemand op beroepen, en evenmin kan een ander tegenover haar op die beslissing een beroep doen [5]).

---

1) Art. 461, 462 B. W.

2) Art. 167 B. W.

3) LACOSTE n°. 152 acht dit jurisdictio contentiosa; voor ons doel komt het er niet op aan, gezag van gewijsde heeft die uitspraak toch niet. Het inroepen van nietigheid der machtiging heeft niets met gezag van gewijsde te maken, zie pag. 16 noot 2.

4) Bij de meesten bestaat er wel belang, maar zou ambsthalve toepassing dit alleen kunnen verwezenlijken. Is bijv. een meerderjarigverklaring geweigerd, dan moet toch de Hooge Raad beginnen met de Rechtbank een verhoor te laten afnemen en daarover het rapport afwachten. Wenschelijk ware, dat de Hooge Raad onmiddellijk het verzoek kon afwijzen.

5) De uitspraken in voluntaire jurisdictie k u n n e n dus wel gezag van gewijsde, zooals wij hieronder nader zullen ontwikkelen.

Zooverre mij bekend ontzeggen alle schrijvers aan deze gezag van gewijsde, de meesten zonder eenige motiveering, bijv. BAUDRY — LACANTINERIE II n. 1285; LACOSTE n. 131 echter: tandis que le législateur en faisant revivre les litiges, s'exposerait à éterniser les discordes qui

2. In vele uitspraken op executie betrekking hebbende, ontbreekt een declaratoir gedeelte [1]). Zoo bijv. in de beschikkingen, die een rangregeling ter verdeeling van den koopprijs bevelen, die het goed, waarop beslag is gelegd, aan iemand toewijzen [2]), de zoogenaamde gerechtelijke verkoop. Voorts beschikkingen, die iemand op den ranglijst der crediteuren plaatsen, zoowel in als buiten faillissement. Ten onrechte wordt veelal aangenomen, dat er wel een declaratoir over het bestaan der schuld en over de voorrechten gegeven wordt. Hier komt m. i. echter niets meer ter sprake dan (definitieve) toelating tot executie. Wanneer niemand een vordering betwist heeft, is het allerminst de bedoeling van den rechter een erkenning van haar bestaan uit te spreken; en dit doet hij ook feitelijk niet. Bovendien is het hem zelfs m. i. door de Grondwet verboden.

Deze wil, naar het mij voorkomt, dat over eigendom en schuldvordering alleen bij vonnis beslist zal worden [3]); en dit laatste moet beantwoorden aan de vereischten, die art. 161 stelt. Aangezien die uitspraken daaraan stellig niet voldoen, staan wij voor het alternatief òf aan te nemen, dat de wet hier aan den rechter iets opdraagt, wat met de Grondwet in strijd is, òf dat hier geen „beslissing," d. w. z. geen bindende beslissing is gegeven wordt. Welke keuze gedaan moet worden, is niet twijfelachtig. De wetgever heeft dus een beslissing over de schuld overbodig geacht, wanneer de bij de executie belanghebbenden geen bezwaar hebben, dat iemand, die subject

---

provoquent les procès et que les procès entretiennent et enveniment, ici au contraire, il n'y a pas à se préoccuper de l'apaisement de passions et de haines. Het is niet „pour l'apaisement des passions et des haines" dat de bescherming is ingesteld, maar wegens het belang, dat men er bij heeft! AUBRY et RAU VIII p. 367 § 769, LAURENT XX No. 5, GARSONNET III § 1133, DIEPHUIS IX.

Voor het Duitsche Recht vgl. pag. 38, noot 1.

[1]) Veel hiervan wordt gewoonlijk onder voluntaire jurisdictie gerangschikt.

[2]) Art. 552, 522 W. v. B. R. V.

[3]) Vgl. 153 j°. 154 Grondwet. Zie bijv. FAURE I pag. 90, die meent dat de contentieuse jurisdictie (d. i. de beslissingen over eigendom, schuldvordering en andere burgerlijke) op de openbare terechtzitting behoort en dat (pag. 93) de uitspraak steeds openbaar moet zijn.

der schuldvordering beweert te zijn, deelneemt aan de verdeeling [1]) [2]) [3]).

De juistheid der bewering, dat bij deze rangregeling van gezag van gewijsde geen sprake is, blijkt ook uit de bepaling van art. 121, 4e lid der Faillissementswet. Deze wet geeft alle crediteuren en den curator het recht een vordering, waarvan de verificatie is gevraagd, te betwisten. Eerst, wanneer niemand betwist heeft of alle betwistingen teruggenomen of ongegrond verklaard zijn, wordt de debiteur op de uitdeelingslijst geplaatst. Is men echter eenmaal toegelaten, dan kan niemand — ook niet iemand, die niet bij de verificatie tegenwoordig was — daartegen opkomen. Art. 121, 4e lid voornoemd drukt dit uit: „De in het proces„verbaal der vergadering opgeteekende erkenning heeft in het „faillissement kracht van gewijsde zaak"; en bedoelt dus te zeggen heeft kracht van gewijsde zaak tegen ieder.

Wel is waar spreekt het artikel dus van gezag van gewijsde, maar de gevolgtrekkingen, waartoe dit leiden zou, maken het onmogelijk het aan te nemen.

Want dan zou hij, die ten onrechte zich had laten verifiëeren, het voor den werkelijken crediteur onbetwistbaar doen worden, dat hij, geverifiëerde, recht heeft op die vordering. Diens verificatie zou immers gezag van gewijsde tegenover allen hebben. Toch zal wel niemand betwijfelen, dat de werkelijke schuldeischer volkomen vrij blijft zijn recht te doen gelden tegenover den geverifiëerde en van dien het geïnde op te

---

[1]) Merkwaardiger wijze kennen de schrijvers, bij v. Lacoste, n. 526, niettegenstaande zij aan „beschikkingen" gezag van gewijsde ontzeggen, aan dezen dit wel toe, zonder te motiveeren, waarom zij hier van hunnen regel afwijken. Alleen juist is Hellwig Subj. Grenzen, pag. 24.

[2]) Van die vele vragen omtrent gezag van gewijsde van die rangregelingen blijft dus niets over; de moeite, die Lacoste n. 526, 533 v. v. zich geeft, is geheel overbodig en misplaatst!

Of in die rangregeling de crediteuren zich mogen beroepen op vonnissen vroeger met hun debiteuren gewezen, is een andere vraag. Zie pag. 167.

[3]) Bij één rangregeling doet zich nog iets bijzonders voor, n.l. bij beslag tegen derden. Het bedrag van de vordering tegen den derde-gearresteerde staat tegenover ieder vast, behoudens tegenbewijs. Dit is dus een geval van bewijswerking. Art. 755 W. v. B. R. V.

eischen. Ook daaruit blijkt dus, dat de verificatie niets anders is, dan een definitieve toelating tot executie.

Evenmin is er van gezag van gewijsde tegenover allen sprake, wanneer de betwisting gegrond is verklaard. De pretendent-crediteur moet alle betwistingen overwinnen om toegelaten te worden. Gelukt hem dit niet tegen over één persoon, dan wordt daardoor niet tegenover ieder onbetwistbaar, dat zijn vordering niet bestaat, maar wordt hem alleen het recht ontzegd aan de executie deel te nemen[1]).

Dit wordt geheel anders, wanneer de zaak naar de rechtbank is verwezen[2]); deze gaat volgens de gewone regels het bestaan of niet bestaan van de schuld onderzoeken en geeft daarover een declaratoir, dat als ieder ander gezag van gewijsde heeft. Luidt dit gunstig dan zal de Rechter- Commissaris de schuld op de lijst van erkende schuldvorderingen brengen; zoo niet, dan zal hij aan het subject dier vordering niet veroorlooven aan de executie deel te nemen.

3. Aan de bovengestelde vereischten wordt ook niet voldaan door de meeste incidenteele beschikkingen of vonnissen.

In de eerste plaats niet door provisoire vonnissen; verder vallen buiten het gebied van het gezag van gewijsde:

alle bevelen en beschikkingen in een proces;

alle praeparatoire vonnissen en een aantal interlocutoire vonnissen.

a. Provisoire vonnissen.

Hieronder moeten verstaan worden de uitspraken, welke ten doel hebben iets te doen geven of te doen bepalen voor den duur van het proces over de hoofdzaak[3]).

---

[1]) Bij rangregeling buiten faillissement heeft de toelating of niet-toelating geheel hetzelfde karakter. Het eenige verschil met die in faillissement is, dat andere crediteuren tot aan de sluiting van de rangregeling gerechtigd zijn tegenspraak te doen (art. 560 Wet v. Burg. Rechtsv.).

[2]) Art. 122 Faillissementswet en art. 558 B. R. V.

[3]) Faure I p. 225 (§ 30). Niet kunnen hiertoe gerekend worden vorderingen, die ten doel hebben na het proces iets voorloopig of tot nader orde te bepalen. Dus niet bijv. de veroordeeling tot alimentatie.

Evenmin behooren hieronder vonnissen, waarbij een voorschot op de latere veroordeeling wordt gegeven. Daaronder valt het bevel tot

Van dien aard zijn:

het verlof aan de vrouw verleend om alleen te gaan wonen (artt. 267 B. W. en 820 W. v. B. B. V.).;

het maken van bepalingen omtrent de kinderen (art. 269 B. W.);

het bepalen van uitkeeringen art. 268 B.W.; alles tijdens de procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed; onverschillig of die vonnissen geveld zijn door den president dan wel door de rechtbank;

het bevelen van voorbehoedmiddelen tegen verspilling in de procedure tot scheiding van tafel en bed (art. 245 B.W.);

het bevelen van sequestratie in bezitsquaesties (art. 617 B.W.) en in de verdere gevallen, waarin dit geschieden kan (art. 1775 B. W. [1]).

Deze vonnissen houden geen van allen een erkenning van een bestaande verhouding in [2]); het declaratoire gedeelte ontbreekt dus en daarom kan er van gezag van gewijsde geen sprake zijn [3]).

b. Bevelen en beschikkingen in een procedure.

In een procedure worden door verschillende autoriteiten bevelen en beschikkingen gegeven [4]): door den president, het rechterlijk college of den rechter-commissaris.

Hiertoe behooren:

verlof tot dagvaarding in echtscheidingen en daaraan verwante procedures;

---

overstorting van het saldo, dat onder den rekenplichtige berust, in een proces tot rekening en verantwoording. Art. 792 Wetb. van Burg. Rechtsvordering.

Faure l. c. beschouwt dit anders.

Garsonnet III § 1138 b.

Lacoste No. 82, e. a.

[1]) Vgl. Rouen 18 Mars 1892 D. P. 94.2.169, geciteerd bij Garsonnet § 1127 n. 1.

[2]) Verschillende steunen zich op het voorloopig karakter van het vonnis (Garsonnet § 1133). Dit is theoretisch onjuist. Voordat er van de eigenschap van het declaratoir gesproken kan worden, moet er toch eerst een declaratoir zijn!

[3]) De vraag of deze vonnissen door den rechter gewijzigd mogen worden, ligt dus geheel buiten het gezag van gewijsde. Daarom begaan de schrijvers, die uit het al of niet mogen wijzigen gevolgtrekkingen willen maken omtrent het al of niet toekomen van gezag van gewijsde aan deze uitspraken, m.i. een fout.

[4]) De Franschen spreken van „ordonnances". Zie bijv. Garsonnet VIII.

verlof tot dagvaarding op korten termijn;

verlof tot het leggen der verschillende beslagen; allen door den president te verleenen;

verlof tot het dagvaarden van een afwezige en het bepalen van den termijn, waartegen deze gedagvaard zal worden

het bevel tot verhoor van het openbaar ministerie;

het verleenen van uitstel van het wisselen van conclusie en van het vonnis;

het bepalen van den dag, waarop voortgeprocedeerd zal worden en waarop de pleidooien gehouden zullen worden [1]); allen door de rechtbank uit te spreken;

het bepalen van den dag, waarop partijen opnieuw zullen verschijnen in echtscheidingsprocedure, enz.; door den Rechter-Commissaris te bepalen.

Zooals men ziet, komt in geen dezer bevelen of beschikkingen een constateeren van eene bestaande verhouding voor, zoodat ook deze geen gezag van gewijsde kunnen hebben.

c. Praeparatoire vonnissen [2]).

Dit zijn de vonnissen, die dienen om de zaak in staat van wijzen te brengen, zonder de hoofdzaak te praejudicieeren. Hieronder worden gewoonlijk gerekend:

vonnissen omtrent schorsing der zaak, bedoeld in art. 254 Burg. Rechtsv.:

vonnissen, die oproeping in vrijwaring bevelen [3]);

die verhoor van getuigen gelasten (enquête en contra-enquête), of wel het verrichten van een gerechtelijke berichting en het verhoor van deskundigen;

---

[1]) Faure II 129 (§ 70) en Hooge Raad 16 Juni 1848, Van den Honert B. R. X, bl. 19.

[2]) Het komt er voor ons doel niet op aan een scherpe grens tusschen deze en de vorige te trekken. Geen van beiden hebben gezag van gewijsde.

[3]) Gewoonlijk noemt men ook het vonnis omtrent voeging en tusschenkomst. Deze zijn echter als eindvonnissen te beschouwen; het verzoek was om toelating, daarover wordt gunstig of ongunstig beslist. Daarmede is een eind gemaakt aan dien Anspruch. Zie 126 n. 1.
Freudenstein maakt van de Zwischenurteile, waarbij met „derden" beslist wordt, een afzonderlijke categorie, waaraan hij gezag van gewijsde toekent, pag. 15.

en vonnissen omtrent wraking en verschooning en onbevoegdheid van getuigen.

Het staat vast, dat de rechter aan deze soort vonnissen niet gebonden is [1]) gedurende het proces. Zij dragen dus een voorloopig karakter; wat het gezag van gewijsde uitsluit [2]).

d. Vele interlocutoire vonnissen [3]).

Bekend is, dat onder interlocutoire vonnissen, diegene verstaan worden, die de hoofdzaak wel praejudicieeren. Kon men zeggen, dat nu nog de regel geldt „l'interlocutoir ne lie pas le juge" dan was er zeker geen sprake van gezag van gewijsde. Thans echter mag wel als vaststaand aangenomen worden, dat de rechter gedurende het proces aan interlocutoire vonnissen gebonden is [4]). Dit gebonden zijn is geen gezag van gewijsde zaak. Vergeleken met dat gezag, vertoont het deze cardinale verschilpunten, 1°. dat het niet noodig is, dat er een erkenning van een bestaanden toestand gegeven wordt; 2°. dat partijen zich niet op dat gebonden zijn behoeven te beroepen, maar dat het ambtshalve wordt toegepast; 3°. dat de rechter slechts gedurenden den loop van het proces

---

[1]) Vgl. MAYER p. 50, GARSONNET § 1138, FAURE II p. 134.

[2]) Dit is dus een uitzondering op den regel van Hoofdstuk I pag. 14. Neemt men aan, dat de rechter wel gebonden is, dan nog kunnen zij geen gezag van gewijsde hebben, omdat zij alleen betrekking hebben op het aanhangige proces.

[3]) Wij nemen dezen in formeelen zin.

[4]) Aldus PLANCK I p. 472; vgl. in het bijzonder het in het Eerste Hoofdstuk op pag. 14 gezegde.

GARSONNET § 1137, is slechts schijnbaar anders; hij zegt, de rechter is niet gebonden in het volgende geval. Iemand ontkent geteekend te hebben. Bevolen wordt een onderzoek naar de echtheid der teekening en de echtheid blijkt. Nu mag de rechter nog wel zeggen, het eigenhandige „goed voor" ontbreekt. Dit is m. i. een toepassing van den regel, geen uitzondering. Een vonnis praejudicieert niet alleen het eindvonnis, wanneer er noodzakelijk en onmiddellijk uit volgt, dat het vonnis toewijzend of afwijzend moet zijn; ook dan levert het een praejudice op, wanneer over één van onderscheidene noodzakelijke voorwaarden gesproken is. De rechter heeft in dit geval slechts over ééne gesproken. Daaraan is hij gebonden; maar er volgt niet uit, dat hij niet nog over andere mag spreken.

Met hetzelfde recht zou men GARSONNET volgend, kunnen zeggen, dat de rechter niet aan een vonnis, dat den eisch ontvankelijk verklaart, gebonden is, omdat hij dien dan nog niet behoeft toe te wijzen.

zoo gebonden is. Wij wezen reeds vroeger op deze werking [1] [2]. Uit haar volgt echter, dat partijen te hunner beveiliging in hetzelfde geding geen gezag van gewijsde noodig hebben. Het komt er dus op aan, of de herhaling van eenige quaestie in een volgend proces kan voorkomen. Telkens wanneer dit niet mogelijk is, is er ook geen sprake van gezag van gewijsde. En dit doet zich dikwijls voor, bijv. wanneer beslist is: over de bewijslast;

over het toelaatbaar zijn van een bewijsmiddel;

over het al of niet ter zake dienende zijn van feiten;

over de verplichting van het overleggen eener akte of het openleggen der boeken [3].

In al die gevallen wordt er beslist met het oog op het aanhangige proces; of op A of op B de bewijslast rust wordt uitgemaakt voor de aanhangige zaak. Alleen wanneer daarover nogmaals geprocedeerd kon worden, zou die beslissing voor partijen waarde kunnen hebben. En dat kan niet, omdat het gezag van gewijsde herhaling der zaak belet! Geheel hetzelfde geldt van de andere hierboven genoemde beslissingen [4].

[1] In Duitschland wordt algemeen aangenomen, dat Zwischenurteile geen gezag van gewijsde hebben, terwijl § 318 C. P. O. luidt:

Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurteile entlassen ist, gebunden.

Ook daar neemt men dus twee afzonderlijke werkingen aan.

[2] Zij is trouwens hier te lande, ofschoon niemand dit uitdrukkelijk vermeldt, algemeen erkend; want nagenoeg alle auteurs, die alleen aan vonnissen, welke in kracht van gewijsde zijn gegaan, gezag van gewijsde toekennen, nemen toch aan, dat de rechter in hetzelfde proces aan zijn eigen interlocutoire vonnissen gebonden is, ofschoon die niet in kracht van gewijsde gegaan zijn. Zij erkennen dit dus als eene andere werking. Vergelijk met deze werking ook die, dat de feiten in cassatie toch vaststaan, niettegenstaande zij geen gezag van gewijsde hebben.

[3] Verder ook beslissingen over het toelaten van „Klageänderung"; over het toelaten van excepties, omdat zij te laat zouden zijn ingesteld; bijv. de exceptie van minderjarigheid na de conclusie van antwoord. Over de ontvankelijkheid en de bevoegdheid, zie pag. 120.

[4] PLANCK I pag. 4, anders MAYER p. 52. Wij erkennen een formeele, zij een materieele grens.

Vgl. ook Staatscommissie van 1901, „interlocutoir, dat een definitieve „beslissing omtrent een of ander geschilpunt inhoudt, is naar zijn „inhoud een eindvonnis." M. v. T. 201.

Hooge Raad 9 Mei 1895, W. 6669.

Hier is het dus het gemis aan belang, waardoor het gezag van gewijsde wordt uitgesloten [1] [2].

4. Enkele eindvonnissen in jurisdictio contentiosa zijn mede niet voor gezag van gewijsde vatbaar, omdat het declaratoir nooit in een volgend proces relevant kan worden.

Van dien aard zijn:

vonnissen, die de dagvaarding nietig verklaren;

die ontslag van instantie verleenen;

die den afstand van instantie goedkeuren;

vonnissen, die een in het proces noodzakelijke toestemming constateeren.

De eerste drie soorten vonnissen maken om een processueelen reden een einde aan het proces. Over die vroegere dagvaarding kan nooit meer geoordeeld worden, noch zelfs quaestie rijzen: door het eindigen der instantie is daarmede voor goed afgerekend. Elke volgende dagvaarding is een andere, die reeds daarom nooit geheel gelijkluidend is aan de vorige, omdat altijd de datum van beteekening en die, waartegen gedagvaard wordt, verschillen. Evenmin is het denkbaar, dat het declaratoir over het gerechtigd zijn tot ontslag van instantie [3]) ooit weder ter sprake komt. Door het ontslag is immers de instantie ge-

---

[1]) Wij zochten hier niet naar een grens tusschen interlocutoire en praeparatoire vonnissen, waarover veel getwist is. Zie bijv. Garsonnet § 1135.

De vonnissen immers, welker qualificatie dubieus is (volgens de auteurs) kunnen, hoe men ze ook noeme, òf wegens hun voorloopig karakter, òf wegens gemis aan belang, toch geen gezag van gewijsde hebben.

Over de wenschelijkheid die onderscheiding geheel te doen vervallen, zie o. a. Faure II p. 134.

[2]) Het door ons voor de incidenteele vonnissen aangenomene stemt dus vrij wel overeen met wat thans voor het Duitsche Recht geldt. Daar neemt men aan, dat noch Verfügungen of Beschlüsze, noch Zwischenurteile gezag van gewijsde kunnen hebben. Alleen voor de interlocutoire maken wij eenig voorbehoud; wij zeggen, dat de meesten het gezag van gewijsde niet kunnen hebben, de Duitschers dat geen enkel „Rechtskraft" kan hebben. Maar aan den anderen kant noemen zij eenige, die wij interlocutoire noemen, „Endurteile". Zie beneden p. 51 noot 3.

[3]) hetzij op grond van 279 B. R. V. en 326 B. W., hetzij op grond van 75 B. R. V. (wegens verstek van den eischer). Over deze laatste anders Mayer p. 50 j°. 52.

eindigd, elke andere instantie is een nieuwe, waarover niet geoordeeld is. Hetzelfde geldt, wanneer afstand van instantie is goedgekeurd [1]).

Van de vierde soort [2]) vonnissen kunnen wij als voorbeeld stellen, een procedure tot scheiding van tafel en bed bij onderling goedvinden. Het declaratoir loopt over het al of niet bestaan van toestemming in het aanhangige proces; in een volgend proces wordt nooit de vraag opgeworpen, of de toestemming in het vorig proces bestond.

Ook bij deze is dus gemis aan belang de reden voor ontzegging van het gezag van gewijsde.

II. Wij gingen tot nog toe na, welke uitspraken der Rechterlijke Macht niet aan de, in den aanvang gestelde, voorwaarden voldoen en daarom geen gezag van gewijsde hebben. Alle andere uitspraken [3]) hebben, elk natuurlijk binnen den omvang der objectieve grenzen, waarover wij in het volgende Hoofdstuk zullen spreken, wel gezag van gewijsde. Iets anders kan, zooals gezegd, bij het ontbreken van elke bepaling in onze wet niet aangenomen worden. Elke onderscheiding zou buiten de wet liggen. Deze zienswijze leidt tot gevolgtrekkingen, die gewoonlijk niet in de litteratuur geaccepteerd worden.

Zoo doet het er o. i. niet toe, welke Rechterlijke Macht, belast met de rechtspraak in burgerlijke zaken, de uitspraak gaf. Zij brengt mede het gezag van gewijsde in voluntaire jurisdictie en in executie toe te kennen aan alle andere dan de bovengenoemde uitspraken; voorts aan alle andere interlocutoire vonnissen. Eveneens volgt uit deze opvatting, dat het van geen belang is, of een vonnis in hoogste ressort is gewezen of niet. Dit alles wordt niet door de heerschende meening als juist beschouwd. Wij moeten daarom eenige oogenblikken hierbij stil staan en onze meening nader uiteenzetten.

1. Dat het niet er toe afdoet, welke tak der rechterlijke macht, belast met rechtspraak in burgerlijke zaken, de uitspraak

[1]) Planck en Schmidt l.l.c.c.
[2]) Ook aan dezen ontzegt het Duitsche Recht „Rechtskraft."
In onze en in de Fransche litteratuur worden ze genegeerd.
[3]) Het spreekt van zelf, dat wij ons alleen met Nederlandsche vonnissen bezighouden, zie Hoofdstuk VI over buitenlandsche vonnissen.

deed of het vonnis velde, kan als vaststaand aangenomen worden. Daaronder moeten in de eerste plaats verstaan worden de uitspraken van den Hoogen Raad, Gerechtshoven, Arrondissements-Rechtbanken en Kantonrechters; doch bovendien die van den president der rechtbank gegeven in kort geding. Voorts de uitspraken van scheidslieden. De wet bepaalt, dat partijen het recht hebben de beslissing hunner burgerlijke zaken [1]) aan scheidslieden op te dragen. Deze personen hebben dus in die burgerlijke zaak werkelijk rechtsmacht en hun vonnis heeft derhalve gezag van gewijsde [2]). Evenals bij alle vonnissen treedt dit gezag onmiddellijk met de uitspraak in. Velen [3]) hebben uit de bepaling, dat de beslissing ten uitvoer zal worden gelegd krachtens bevel van den president der Arrondissements-Rechtbank afgeleid (art. 624 Wetb. v. Burg. Rechtsv.), dat het gezag van gewijsde eerst door dat exsequatur ontstaat. Geheel ten onrechte; hetgeen, naar ik hoop, duidelijk is, na hetgeen wij betoogd hebben over de zelfstandigheid en de onafhankelijkheid der verschillende gevolgen van het vonnis: het gezag van gewijsde heeft niets met de uitvoerbaarheid te maken; en van deze laatste alleen spreekt genoemd artikel. Bovendien zou dan een afwijzend vonnis nooit gezag van gewijsde kunnen verkrijgen.

2. Onder de andere uitspraken in voluntaire jurisdictie dan de op pag. 38 vermelde, mogen met name genoemd worden: het geval, dat de rechter verstaat, dat er volstrekte noodzakelijkheid of klaarblijkelijk voordeel bestaat de onroerende goederen van den minderjarige te verkoopen; of dat deze niet bestaat; waaraan hij dan al of niet de machtiging vastknoopt (art. 451 Burg. Wetboek). Daarmede staat bijv. geheel op één lijn het voortzetten van de nering met den langstlevenden

[1]) Voor enkele maakt zij een reserve, art. 621 W. v. B. R. V.

[2]) Het maakt verschil, of men die partijen krachtens overeenkomst aan het vonnis gebonden acht dan wel krachtens gezag van gewijsde. In het eerste geval brengt de nietigheid der overeenkomst hun niet gebonden zijn aan het vonnis mede; in het tweede geldt het vonnis desniettegenstaande en kan er alleen door een rechtsmiddel, hooger beroep of cassatie of request-civiel tegen opgekomen worden.

[3]) o. a. Lacoste No. 20

echtgenoot door den minderjarige. De rechter verklaart, dat er aanmerkelijk belang bestaat en dat de waarborg voldoende is, — of dat dit niet aanwezig is of de waarborg niet voldoende — (art. 466 B. W.)[1]).

Niet anders staat het, wanneer de rechter het vermogen van den minderjarige taxeert voor het bepalen van de hoegrootheid der door den voogd te stellen hypotheek (Art. 390 B. W.). De rechter bepaalt, dat die en die som aan „het beheer der voogdij geëvenredigd is". Hij zal in een later geding dus niet meer op die decisie mogen terugkomen, maar haar in de gevallen van vermeerdering en vermindering van het vermogen van den minderjarige, bedoeld in Art. 394 Burg. Wetb. als basis van zijn onderzoek moeten aannemen.

Speciale vermelding verdient m. i. nog het geval van afzetting van den voogd en van krankzinnigverklaring. [2]) In beide gevallen wordt een declaratoir gegeven; in het eerste, dat er al of niet een reden tot afzetting bestaat; in het tweede, dat iemand al of niet in voortdurenden staat van krankzinnigheid verkeert. Vooral bij afwijzende vonnissen, doet zich het belang van gezag van gewijsde gevoelen.

3. De andere maatregelen in executie. Met name willen wij hier alleen vermelden de faillietverklaring, surséance van betaling; de tenietdoening van een boedelscheiding en de ontbinding van het akkoord (165 Faill.); en de intrekking der surséance.

Werd de faillietverklaring gevraagd, dan wordt beslist of de debiteur al of niet in den toestand verkeert van opgehouden te hebben te betalen. Voor het toewijzend vonnis heeft het weinig belang gezag van gewijsde toe te kennen, daar toch in elk geval toestand van faillissement is ontstaan. Bij het afwijzende is het anders, daar degeen, wiens faillietverklaring gevraagd was, wel degelijk belang heeft bij niet-herhaling der actie. Dat belang wordt dan door gezag van gewijsde beschermd.

---

[1]) In een volgende procedure zal de rechter dus niet mogen aannemen, dat de waarborg niet voldoende was op dat tijdstip. Dit uitgangspunt staat dan vast.

[2]) Sommigen rangschikken deze niet onder voluntaire jurisdictie, m. i. ten onrechte.

Wanneer surséance van betaling verzocht wordt, wordt er een declaratoir gegeven over de vraag, of er al of niet uitzicht bestaat, dat de debiteur binnen eenigen tijd aan zijne verplichtingen kan voldoen. Wij hebben hier alleen te doen met het geval, dat er definitieve surséance verleend is; omdat een vonnis, dat een voorloopige surséance verleent, wegens haar provisoir karakter geen gezag van gewijsde heeft, en een vonnis, dat de definitieve surséance weigert, tevens een faillietverklaring inhoudt. [1]) Is die surséance verleend, dan zal de rechter deze zijne beslissing tot grondslag moeten nemen bij een verzoek tot verlenging van definitieve surséance van betaling. Zijn de toestand en speciaal de uitzichten dezelfde gebleven, dan zal hij haar niet mogen weigeren.

Ook bij verzoeken tot vernietiging eener boedelscheiding, ontbinding van een akkoord, intrekking der surséance, zal steeds een declaratoir gegeven worden luidend: „er bestaat reden tot die wijziging" of: „er bestaat geen reden" [2]). Het een zoowel, als het ander wordt onbetwistbaar, al heeft het gezag van gewijsde ook grooter praktisch belang bij afwijzing, dan bij toewijzing van het verzoek tot wijziging.

4. De andere interlocutoire vonnissen, dus bijv. diegenen, waarbij een rechtsverhouding als bestaande is aangenomen, mits vallende binnen de objectieve grenzen van het gezag van gewijsde [3]).

5. Van geen belang is, of de uitspraken vatbaar zijn voor voorziening, of er een rechtsmiddel tegen openstaat. Dit wordt echter geenszins algemeen aangenomen. Ook voor de praktijk is het niet geheel onverschillig, welke leer men volgt, al is de theoretische waarde der onderscheiding verreweg de hoofdzaak [4]). Want het eenig practische verschil is, of men zich

---

[1]) Art. 72 Faill. w.

[2]) Vgl. p. 15

[3]) Zie p. 79. Wij zullen zien, dat het noodig is, dat partijen een declaratoir over dat punt verzochten.

[4]) Theoretisch is het nog van belang voor de beschouwingen omtrent derden verzet, zie pag. 131 noot 4.

al dan niet op een vonnis kan beroepen gedurende den tijd, dat het aan hooger beroep enz. onderworpen is. Dus alleen voor het zeldzame geval, dat iemand de herhaling van een proces zou willen probeeren tijdens die termijnen [1]).

Zij die eischen, dat de uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan steunen zich gewoonlijk hierop [2]), dat het gezag van gewijsde in onbetwistbaarheid bestaat en dat het daarom verboden moet zijn het vonnis nog aan te tasten. Om die werking te hebben, moet het de eigenschap hebben van niet meer voor voorziening vatbaar te zijn. Hun sustenu zou medebrengen, dat de mogelijkheid alsnog van een rechtsmiddel gebruik te maken per se gezag van gewijsde uitsluit. Nu moeten zij echter erkennen, dat request-civiel en ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen desniettegenstaande toelaatbaar zijn. Maar dan blijkt ook, dat de mogelijkheid een vonnis aan te tasten zeer goed vereenigbaar is met het bestaan van het gezag van gewijsde. En dan moeten wij, op grond van den regel: „aan alle vonnissen gezag van gewijsde, behalve aan diegene, waaraan het uit den aard der zaak niet kan toekomen", aan de vonnissen gezag van gewijsde toekennen, onverschillig, of zij al of niet vatbaar zijn voor verzet, hooger beroep (revisie), cassatie, request civiel, derden-verzet of ontkentènis van gerechtelijke verrichtingen [3]).

De constructie moet dan aldus zijn. Het gezag van gewijsde treedt — evenals de andere in het eerste hoofdstuk genoemde gevolgen — onmiddellijk in met de uitspraak van het vonnis. Het staat en valt dus met het vonnis. Tegen dat vonnis bestaan rechtsmiddelen; het gebruik maken van die middelen

---

[1]) Sommigen hebben aangenomen, dat men dan een exceptie van aanhangigheid zou hebben. Alsdan is het practische verschil geheel nul. Dit kan echter niet juist zijn. Vgl. Hoofdst. II p. 14 noot 2.

[2]) Ook op de uitdrukking: „gezag van gewijsde", zie echter noot 6 pag. 36.

[3]) In gelijken zin Pothier n. 3, Binnerts p. 14 v.v. en 148; zij het ook op andere gronden; Zutphen 23 Dec. 1888; den Haag 8 Mei 1900 W. 7520; anders nagenoeg alle andere schrijvers; zoo ook Hof van Arnhem, 15 Dec. 1897 W. 7110.

Met onze opvatting stemt de uitdrukking overeen, die de wet in art. 1895 Burg. Wetboek gebruikt:

„Dadingen hebben tusschen partijen kracht van gewijsde in hoogste ressort."

schorst de onbetwistbaarheid. Wordt het vroegere vonnis bevestigd, dan wordt de schorsing met terugwerkende kracht opgeheven; wordt het vernietigd, dan wordt het vonnis met alle gevolgen met terugwerkende kracht opgeheven.

6. Aan het slot van dit Hoofdstuk moet er nog op gewezen worden, dat een vonnis niet noodzakelijk aan de bij de wet gestelde vereischten behoeft te beantwoorden. Het doet er niet toe, of het in het openbaar is uitgesproken, of de vormen bij de procedure in acht genomen zijn; of het geen gronden bevat enz.; evenmin bijv. of de rechter bevoegd was; of dat hij iets al dan niet mocht toelaten [1]). Om van dit laatste een voorbeeld te geven zouden wij op het toelaten van een verandering van den eisch willen wijzen. Heeft de rechter deze ten onrechte toegelaten, dan is desniettegenstaande de gewijzigde eisch beoordeeld en kan de uitspraak daarover gezag van gewijsde hebben.

Hetzelfde geldt voor het volgende: men neemt vrij wel algemeen aan, dat de rechter niet een zoogenaamde uitspraak „quant à présent" mag geven [2]). Hieronder wordt verstaan een uitspraak, die iets beslist onder voorbehoud van tegenbewijs. Doch heeft hij dit desniettemin gedaan, dan maakt dit vonnis — zoolang als het bestaat — onbetwistbaar, dat iets zus of zoo is, behoudens tegenbewijs. Is er bijv. uitgemaakt, dat gedaagde behoudens tegenbewijs *f* 100 schuldig is, dan staat dit vast.

[1]) Scheeling, Busch. Zeitschr. Bd. 32 p. 207.
[2]) Lacoste, n. 109.

HOOFDSTUK IV.

Objectieve omvang van het gezag van gewijsde.

Wij vonden, dat uit den aard der zaak alleen dat deel van het vonnis gezag van gewijsde kan hebben, dat iets — uitdrukkelijk of stilzwijgend — vaststelt, dat „verstaat", dat iets zus of zoo is [1]).

Maar te allen tijde heeft men aangenomen, dat niet alles, wat in een vonnis beslist is, gezag van gewijsde heeft. Non omnis vox judicis continet auctoritatem judicati [2]). Wij moeten dus nagaan, aan welk deel het wel toekomt, of m. a. w.: wij moeten vragen, of het dictum, of ook de gronden gezag van gewijsde hebben. Aangezien het dictum het natuurlijk heeft, is enkel de quaestie of de gronden het hebben. Een groot deel van den thans nog heerschenden strijd en der verwarring, die deze materie tot eene zoo moeilijke maakt, is zeker te wijten aan het feit, dat men er zich niet van bewust was, dat men aan die vraag drieërlei beteekenis kan hechten. Men kan vragen: of datgene, wat uiterlijk de gronden vormt, gezag van gewijsde heeft; of datgene, wat innerlijk de gronden vormt, die kracht heeft; en ten slotte, wat de invloed der gronden is op het gezag van gewijsde van het dictum?

Aan SCHMIDT (Civilprozesrecht p. 533) komt de eer toe hierop

---

[1]) Men zou dit het „declaratoir" kunnen noemen, ware het niet, dat daaraan een zeer speciale beteekenis toekomt.

[2]) DIOCLETIANUS l. 7 C. de sent & int. VII 45.

het eerst gewezen te hebben; en wij meenen, dat hij daardoor het zooeven bedoelde vraagstuk een belangrijken stap nader tot de oplossing gebracht heeft [1]).

I. TOEKENNING VAN GEZAG VAN GEWIJSDE AAN DATGENE, WAT UITERLIJK DE GRONDEN VAN HET VONNIS VORMT.

Men kan en moet dan in de eerste plaats vragen, of het gezag van gewijsde mag toegekend worden aan wat uiterlijk de gronden uitmaakt of, dat dit alleen toekomt aan datgene, wat uiterlijk het dictum vormt. Het antwoord kan niet twijfelachtig zijn. Het eigenlijke dictum (het decisive gedeelte) is soms op zichzelf geheel onbegrijpelijk, bijv. wanneer het luidt: „wijst den eisch toe, wijst den eisch af, enz." In andere gevallen is het vaag, bijv. wanneer beslist is, dat de gedaagde *f* 100 schuldig is: want op het in het vonnis bedoelde tijdstip kan deze uit verschillende rechtsverhoudingen zooveel schuldig zijn en eerst, wanneer men weet, uit welke verhouding die schuld van *f* 100 voortvloeit, kan men haar van andere, die hetzelfde voorwerp hebben, onderscheiden. In enkele gevallen ontbreekt het dictum zelfs geheel [2]) en volgt onmiddellijk op de gronden de veroordeeling of de rechtswijziging, bijv., wanneer in het vonnis voorkomt: „overwegende, dat partijen dan en dan die en die overeenkomst hebben aangegaan, veroordeelt de rechtbank gedaagde tot betaling van *f* 100." Eerst uit den geheelen inhoud van het vonnis kan opgemaakt worden, welke individueel bepaalde verhouding of rechtsvraag is beslist. Daarom moeten wij aannemen, dat datgene, wat in uiterlijk de gronden vormt, gezag van gewijsde kan hebben [3]).

---

[1]) Het feit dat de C. P. O. zich deze vragen niet stelde maakt reeds, dat de poging om aan den strijd over de objectieve grenzen een einde te maken, mislukt is. SCHMIDT l. c.

[2]) Het Duitsche Recht laat dit niet toe. SCHMIDT l. c.

[3]) GARSONNET dl. III, § 1126, n. 14, p. 544 verwart deze vraag met onze tweede vraag. Zoo ook de Staatscommissie van 1901. Mem. v. Toel. pag. 207.

II. TOEKENNING VAN GEZAG VAN GEWIJSDE AAN WAT INNERLIJK DE GRONDEN VORMT.

Uit den geheelen inhoud van het vonnis is dus de beslissing op te maken. En nu rijst de vraag, de tweede, of ook, wat innerlijk de gronden vormt, gezag van gewijsde kan hebben, of dat dit alleen kan toekomen aan het dictum. Voor wij deze vraag kunnen beantwoorden, moeten wij eerst de begrippen „innerlijke gronden" en „dictum" nader bepalen, aangezien daarover geen eenstemmigheid heerscht.

1. WINDSCHEID (Pand. § 130 noot 19) meent, dat onder gronden alleen verstaan kan worden de uitspraken omtrent het objectieve recht en dat al het andere „beslissingen" zijn. Hierin volgt BINNERTS hem (p. 110). Zonder hierop thans nader in te gaan, meenen wij te kunnen volstaan met te zeggen, dat deze terminologie in strijd is met het gewone spraakgebruik. Te allen tijde heeft men zoowel in de theorie, als in de practijk bijv. het verwerpen van de exceptie van betaling of beslissingen omtrent de feiten gronden van het vonnis genoemd.

Verschillende Fransche schrijvers, o. a. GARSONNET § 1126 note 18, om slechts één der jongeren te noemen, zijn van oordeel, dat de beslissing over een punt, waarover debat geweest is, niet meer als „motif" mag gelden. Waarom niet, is mij niet recht duidelijk. Het schijnt mij toe, dat zij deze redeneering volgen: „les motifs" hebben geen gezag van gewijsde; een punt, waarover debat is geweest, behoort het wel te hebben; dus is het geen „motif." Dat deze redeneering niet steekhoudend is, ligt voor de hand. Alles wat noodig is om tot de eindbeslissing te komen, is uit den aard der zaak „motif" voor die eindbeslissing. En wanneer wij dan een vast begrip willen hebben voor „het dictum", dan kan dit niet anders zijn dan de eindbeslissing, het declaratoir; bij vonnissen, die de materieele rechtsverhouding beoordeelen is het dan de (eind)beslissing over den eisch in materieelen zin, over de te beoordeelen rechtsverhouding, (over den „Anspruch" in materieelen zin); en bij vonnissen, die de rechtsverhouding niet beoordeelen, dat zijn diegenen, die de niet-ontvankelijkheid,

de nietigheid der dagvaarding enz. enz. uitspreken, de einduitspraak over den eisch in formeelen zin, d. w. z. over de vraag of de eischer gehoord zal worden met zijne beweringen omtrent de rechtsverhouding, (de (eind)beslissing over den „Anspruch" in formeelen zin)[1].

Het dictum is dan niets anders, dan wat in art. 59 Wetb. v. Burg. Rechtsv. „de beslissing" genoemd wordt, in tegenstelling met „de gronden der uitspraak, zoo wat de daadzaken als het rechtspunt betreft". Het is het declaratoir.

Met dit vaste begrip voor oogen moeten wij de vraag zelve onderzoeken, nl. of alleen de eindbeslissing gezag van gewijsde heeft of ook de uitspraken over de verschillende materieele of processueele vragen, waarvan de eindbeslissing afhangt. Komt het gezag van gewijsde bij een actie tot nakoming eener overeenkomst, bijv. toe aan de uitspraak, dat de wet dit of dat bepaalt; dat iemand minderjarig is; dat hij zich op een zeker oogenblik op de bepaalde plaats bevond; dat een overeenkomst is aangegaan; dat iemand een algemeene kwijtschelding gegeven heeft; of bij eene revindicatie, aan de uitspraak, dat iemand de gerevindiceerde zaak door erfrecht verkregen heeft; of bij een dezer acties aan de uitspraak, dat de rechter bevoegd is, enz. enz.

2. Zeer velen[2]) meenen, dat men onmiddellijk een deel der gronden buiten bespreking kan laten, omdat daaraan het gezag van gewijsde zeker niet toekomt. Zij onderscheiden nl. de gronden in objectieve en subjectieve gronden en de eersten weder in beslissingen omtrent feiten en beslissingen omtrent rechten (rechtsvragen).

---

[1]) „Anspruch" beteekent in het eerste geval dan volgens sommigen ongeveer „subjectief recht", volgens anderen de vraag: „ob das Klagevorbringen geeignet ist, den gestellten Antrag zu rechtfertigen". Zie hierover p. 86 en de daar geciteerde auteurs.

In het tweede geval ongeveer actie in formeelen zin, nl. de vraag of eischer op die wijze, van dien rechter en in dat proces de beoordeeling van zijnen „Anspruch" in materieelen zin mag verlangen. Zie hierover nader pag. 119.

[2]) Bijv. VON SAVIGNY, System VI blz. 360, FAURE pag. 224, GARSONNET III § 1126 note 15; BINNERTS pag. 108 en 83, acht alleen de eerste onderscheiding van waarde.

Aan de subjectieve gronden en aan de beslissingen omtrent de feiten zou dan nooit gezag van gewijsde toekomen. Beschouwen wij die beide onderscheidingen eenigszins nader.

a. In de eerste plaats de onderscheiding der gronden in subjectieve en objectieve. Deze distinctie is het eerst door VON SAVIGNY [1]) gemaakt en sedert zijn nagenoeg allen hem gevolgd, zij het ook, dat zij aan die begrippen eenigszins andere namen geven: zoo bijv. OPZOOMER [2]), wanneer hij van „beslissings- en bewegingsgronden" spreekt, BINNERTS [3]), die „beslissingen en gronden" onderscheidt, en FAURE [4]), die van „gronden en motieven" gewaagt.

Met „subjectieve gronden", „bewegingsgronden", „gronden" en „motieven", worden door die schrijvers uitspraken omtrent het objectieve recht bedoeld. De meesten zwijgen er over, waarom deze afzonderlijk behandeld moeten worden. Een uitdrukkelijke bepaling ontbreekt. De eenig denkbare reden zou zijn, òf de aard van het gezag van gewijsde, òf de aard der uitspraken. Het eerste is zeker niet het geval; niets belet, dat een uitspraak omtrent het objectieve recht voor partijen onbetwistbaar zou worden [5]). Het tweede schijnt het oordeel van FAURE te zijn [6]): „want" – zegt hij — „het zijn geen „beslissingen, maar beschouwingen." Hij geeft daarbij niet nader aan, waarom dit zoo zou zijn. Naar mijn overtuiging bestaat er tusschen deze beide uitdrukkingen geen verschil: want onder „beschouwingen", waarbij men, zooals hier het geval is, tot eene conclusie komt, kan men niets anders verstaan dan beslissingen zonder bindende kracht. Substitueert men dit in FAURE's woorden, dan leest men: de uitspraken

---

[1]) System VI, blz. 350—409.

[2]) III, blz. 279.

[3]) Blz. 109, in navolging van WINDSCHEID, Pand, § 130, noot 19.

[4]) II, pag. 224.

[5]) Anders zou dit natuurlijk zijn, indien men in het gezag van gewijsde een wijziging van het materieele recht zou moeten zien. Vgl. p. 26.

[6]) II, p. 224. In gelijken zin GARSONNET A III, § 1126, note 14, page 544: Non point aux opinions par lui (le juge) émises sur telle question de droit.

omtrent het objectieve recht hebben geen gezag van gewijsde, omdat zij beslissingen zijn zonder bindende kracht.

Deze onderscheiding heeft dus voor het gezag van gewijsde geen beteekenis: de subjectieve gronden moeten met de anderen op één lijn gesteld worden.

b. Wat nu de onderscheiding in beslissingen omtrent feiten en beslissingen omtrent rechten (rechtsvragen) betreft, is het volgende op te merken.

Talrijk zijn de auteurs, zoowel onder de nieuwere als onder de oudere [1]), die het gezag aan de eersten ontzeggen. Hun gewone grond is, dat de aard van het gezag van gewijsde het belet. Want — zeggen zij — hoe kan nu iets, wat in het verleden geschied is, nog vastgesteld worden? [1]) De rechter kan toch immers niets aan het verledene veranderen [2]). Dat dit een misvatting is van den aard van het gezag van gewijsde, zal, naar wij hopen, duidelijk zijn na het daarover in het Tweede Hoofdstuk gezegde: het bestaat immers slechts daarin, dat eenig punt onbetwistbaar wordt; en natuurlijk kan even goed een feit als een recht onbetwistbaar worden.

Faure l. c. haalt tot rechtvaardiging van deze onderscheiding aan den bekenden regel, dat de rechter niet over feiten, maar alleen over rechtsvragen beslist. Bevredigen kan dit beroep mij niet. Naar mijn bescheiden meening wordt deze regel hier door Faure uit zijn verband gerukt. Hij wil niet meer zeggen, dan dat men niet maar door den rechter elk willekeurig feit kan laten vaststellen; dat men bijv. niet samen naar den rechter kan gaan om te laten uitmaken, of een appel geel of groen is, of de aarde draait of stilstaat, of de eene of de andere wetenschappelijke methode juist is, enz.. Wordt echter eenig

---

[1]) Windscheid 6 Aufl. Bd I p. 427, Pfeifer Arch. f. civ. Praxis Bd. 2 pag. 639, Wetzel (3 Ausg.) pag. 537, Schanze pag. 465, Klöppel pag. 99, 112, Planck I pag. 267, Wach, Vorträge pag. 130. Schmidt, Klagänderung pag. 175; Lacoste No. 214, Faure II pag. 225. Anders: Binnerts pag. 83 en Staatscommissie van 1901. Mem. v. Toel. p. 206.

[2]) (Förster—Eccius.) Schmidt, Klagänderung p. 175, n°. 2. Buchka II, S. 208. Kleinschrod 151, § 71. Klöppel S. 93. Anders o. a. Windscheid 6 Aufl., Bd. I, p. 427 zu Anm. 19 en Schanze p. 466, die het als een „Zweckmässigkeitsfrage" beschouwen.

contract gemaakt, waarvan die feiten een voorwaarde uitmaken, dan zal de rechter die feiten wel degelijk hebben te onderzoeken en de daarvoor bijgebrachte bewijzen te wikken. Bedoelde regel zegt dus — op gebrekkige wijze —, dat men om in eene actie ontvankelijk te zijn, daarbij een rechterlijk belang moet hebben en volstrekt niet, dat de rechter niet bindend over feiten beslist.

Bovendien bestaat het positieve bewijs, dat de rechter wel feitelijke beslissingen kan geven, die gezag van gewijsde hebben; er bestaat nl. een feitelijke beslissing, waaraan het volgens de algemeene opinie toekomt: met name de uitspraak over de echtheid en de onechtheid eener akte [1]).

Evenmin als dus de aard dezer beslissingen een afzonderlijke behandeling wettigt, ligt in de wet een grond tot onderscheiding. Sommigen [2]) echter vinden deze in art. 246 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering, inhoudende, dat men zich niet in een volgend geding op de antwoorden, in een verhoor op vraagpunten gegeven, mag beroepen. Of met andere woorden: het daardoor bewezene mag in een volgend geding niet als onbetwistbaar aangenomen worden. Aangezien nu slechts „feiten" bewezen worden, zou voor feitelijke beslissingen deze afzonderlijke bepaling gelden.

Aan art. 246 B. R. V. mag echter een dergelijke beteekenis niet toegekend worden, omdat uit den aard der zaak alleen van feiten gesproken kon worden, daar die alleen bewezen worden. Een argumentum a contrario is dus allerminst geoorloofd.

Er bestaat dus geen enkele reden een verschil te maken tusschen beslissingen omtrent feiten en omtrent rechtsvragen [3]).

---

[1]) Vgl. art. 194 Wetb. v. Burg. R. V.

[2]) Bijv. FAURE l. c. Het schijnt, dat BINNERTS dit artikel ignoreerde pag. 60—115.

[3]) Wij kunnen ons gelukkig achten, dat wij geen criterium behoeven te zoeken; het is zelfs de vraag of er een essentieel verschil bestaat: is het bijv. een feitelijke dan wel eene rechts-vraag, of de grens langs den bovenkant van een sloot loopt; of er overspel gepleegd is; of iemand afwezig is, of iemand kwaadwillig verlaten is?

3. Wij staan dus voor dit alternatief:
òf aan alle gronden gezag van gewijsde te ontzeggen [1]),
òf het aan alle gronden toe te kennen.

Langen tijd heeft in het Gemeene Recht en ook in onze rechtspraktijk de regel van VON SAVIGNY [2]) gegolden, dat aan de gronden gezag van gewijsde toegekend moet worden. Voor ons recht is dit met talent door BINNERTS verdedigd [3]).

Zijn redeneering is als volgt: — In art. 1954 1e lid Burg. Wetboek staat: „Het gezag van gewijsde strekt zich niet „verder uit dan tot hetgeen het onderwerp van het vonnis „heeft uitgemaakt." Hij vraagt zich dan af, wat dit beteekent en komt dan na de afwijkende opinies van FABER en van DIEPHUIS volkomen weerlegd te hebben [4]) tot het resultaat, dat dit eerste lid aldus geparaphraseerd mag worden: „het gezag van gewijsde strekt zich niet verder uit dan tot hetgeen door den rechter is beslist". Vervolgens onderzoekt hij, wat „beslist" is en meent in het Romeinsche Recht te lezen,

---

[1]) Deze weg wordt door de Civil Prozess-Ordnung ingeslagen, wanneer zij in § 325 zegt: „Die Urteile sind der Rechtskraft in „soweit fähig als über den Anspruch entschieden ist". Vgl. Mot. C. P. O. zu § 293 en Mot. B. G. B., Bd. I, p. 371.

[2]) System VI, p. 350, s s. 429, s.s. 451, 452. WINDSCHEID, Pand I, § 130, BUCHKA, Einfluss des Prozesses II, p. 184, s.s. Dat de Franschen, hoewel het tegendeel beweerend, ook deze leer volgen, blijkt o.a. uit GARSONNET, § 1126, texte pag. 543 et note 13 (tome III). Dit wordt veroorzaakt door de onjuiste opvatting van „motif" en „dispositif", waarover wij boven op pag. 56 spraken.

[3]) Pag. 60; ook door anderen: als OPZOOMER, ad. art. 1954, FAURE l. c.; sommigen met de restricties bovenvermeld. Laatstelijk nog door de Staatscommissie van 1901 van het jus constitutum. M. v. T. p. 207.
Zoo is thans ook vrijwel algemeen door de jurisprudentie aangenomen; zie arr. v. H. R. 25 Januari 1900 W. 7397, 1 Februari 1895, W. 6623.

[4]) FABER, Nederl. Jaarb. XI, blz. 349, meent, dat er staat: „het gezag van gewijsde strekt zich uit tot het onderwerp van het vonnis" en dat hiermee op de positieve werking gewezen wordt. Toen deze bepaling gemaakt werd, was men zich echter niet van het bestaan der negatieve en positieve werkingen bewust.
DIEPHUIS IX, nº. 366 meent, dat hier gesproken wordt van de verplichting om aan de veroordeeling te voldoen en dat de Fransche text juister teruggegeven wordt door de woorden: „het gezag van gewijsde strekt zich niet verder uit dan hetgeen het onderwerp van het rechtsgeding heeft uitgemaakt". Behalve, dat rechtsgeding geen vertaling van jugement is, staat het vast, dat de wetgever hier niet van de uitvoerbaarheid spreekt.

dat: „de inhoud van een rechterlijke beslissing gelegen is in „de uitspraak des rechters over alle geschilpunten, welke „door partijen aan zijn oordeel onderworpen zijn" (pag. 73). Maar het is niet noodzakelijk, dat iets in geschil is geweest, voldoende is, dat over eenig punt een uitspraak is gegeven (pag. 212).

Maar — zouden wij met bescheidenheid willen vragen, — waarom heeft men het Romeinsche Recht noodig om te verklaren, dat iets „beslist" is, wanneer er „uitspraak overgedaan is"? M. i. spreekt het van zelf, dat die uitdrukkingen synoniem zijn. Zijn beroep zou dus hoogstens een historisch argument kunnen opleveren. Maar wat nu in het Romeinsche Recht gold of niet gold — en het is zeer betwist, wat daar rechtens was —, 't kan nooit recht geven tot een paraphrase, die in strijd is met het geparaphraseerde [1]). Dit is m. i. hier het geval. Men kan toch niet in gemoede zeggen, dat alles, wat door den rechter beslist is, HET onderwerp van het vonnis is. Wel zal niemand willen volhouden, dat wanneer over iemands beweerde afwezigheid naar aanleiding van een eisch tot nakoming eener overeenkomst beslist is, dat beweerde alibi HET onderwerp van het vonnis is. Het artikel kent dus allerminst aan alle gronden gezag van gewijsde toe.

Met FAURE en OPZOOMER l.c. ben ik het eens, dat het bedoelde eerste lid veeleer een beperking inhoudt; en, wanneer men dan een vast criterium wil hebben, dan kan men onder „het onderwerp" niets anders verstaan dan het gevorderde declaratoir. In de Duitsche litteratuur treft men dan ook somtijds dezelfde woorden als van art. 1954 B.W. aan, om uit te doen komen, dat het gezag van gewijsde aan de gronden ontzegd moet worden: bijv. bij FISCHER [2]) „die Preusische Praxis beschränkt die

---

[1]) Zoowel BINNERTS als zijn tegenstander UNGER steunen zich op dat recht.

UNGER op	l. 15 D. de exc. r. j, 44 2.	BINNERTS op	l. 17, D, 44, 2.
	l. 30, § 1 eodem.		l. 18, „
	l. 5, § 8 & 9, D, 25, 3.		l. 9 pr. „
	l. 17, D, 44, 1.		
	l. 23, D, eodem.		
	l. 1, C, 3, 8.		

[2]) JHERING's Jahrb., 2e Folge IV, p. 161.

„Rechtskraft streng auf den Gegenstand des entschiedenen Rechtsstreits".

Ons recht dus kent geen gezag van gewijsde aan de gronden toe en die eerste alinea van art. 1954 Burg. Wetb. behelst dus niet veel anders dan § 325 der Duitsche Civil Prozess Ordnung: „Urteile sind der Rechtskraft nur in so weit fähig als über den Anspruch entschieden ist" [1]).

Geheel met dat ontzeggen stemt de bepaling overeen, die de wet in art. 246 Wetboek van Burg. Rechtsvordering heeft nedergelegd, inhoudend, dat de antwoorden in een verhoor op vraagpunten slechts gelden in het proces, waarin zij gegeven zijn. Wij toonden reeds aan, dat dit artikel geen splitsing tusschen „feiten" en „gronden" rechtvaardigt [2]). En als dit juist is, dan volgt er uit, dat het gezag van gewijsde niet aan de gronden toekomt. Want men mag het artikel niet als uitzondering beschouwen, men mag niet zeggen: hetgeen door andere bewijsmiddelen, bijv. door getuigen, door vermoedens, door een akte of door een eed, bewezen is, staat wel vast in een volgend proces, heeft wel gezag van gewijsde. Dat dit niet veroorloofd is, wordt duidelijk, wanneer men bedenkt, dat die bewijsmiddelen in een ander proces misschien niet eens toelaatbaar zijn.

Dit artikel is dus niets anders dan een uitdrukkelijke toepassing van den regel, dat het gezag van gewijsde aan de gronden ontzegd moet worden [3]).

Het ligt trouwens geheel in den historischen lijn, dezen regel aan te nemen. Niet, dat wij ons hiervoor op het Romeinsche recht willen beroepen: in de eerste plaats is het twijfelachtig, wat dit bepaalt; zoowel de voorstanders onzer opvatting, als de tegenstanders beroepen zich op dat recht,

---

[1]) Wach, Vorträge, S. 153 ff, Dernburg I, S. 299 ff, Mot. z. B. G. B., Bd. I, p. 371.

[2]) Pag. 60.

[3]) Zeer terecht bepaalt de Staatscommissie van 1901, die aan alle beslissingen gezag van gewijsde toekent, dan ook, dat hetgeen bewezen is, slechts van het aanhangig proces geldt, behalve voor zoover het door het gezag van gewijsde getroffen wordt. (Art. 1908 Ontwerp, Mem. van Toelichting pag. 60.)

UNGER zoowel als BINNERTS, bijvoorbeeld. Maar bovendien kan dit recht niet meer gebruikt worden ter uitlegging van wat bij ons omtrent het gezag van gewijsde rechtens is[1]). Dit kan zeker geenszins als de algemeene opinie gelden. Integendeel alle Hollandsche en Fransche auteurs, en eveneens alle Duitsche, behalve enkele nieuwere als SCHMIDT (pag. 535) en HELLWIG (Subj. Grenzen pag. 8), beschouwen het tegenovergestelde als van zelfsprekend.

Men moet m. i. echter in het oog houden, dat het gezag van gewijsde behoort tot het procesrecht en dat het samenhangt met den vorm van het proces en van het vonnis. Dat wij deze beiden aan het Romeinsche recht ontleenden, zal wel niemand willen volhouden. Daar had men de litis contestatio, het quasi-contract, waarbij nauwkeurig vastgesteld werd over welk(e) punt(en) de rechter de uitspraak moet geven. Het vonnis was daar kort, de gronden zeer gering in omvang, misschien zelfs geheel overbodig. Voldoende schijnt geweest te zijn: paret rem A^i A^i esse met een daaraan geknoopte veroordeeling.

Men kende daar alleen, absolveerende en condemneerende vonnissen: van vonnissen, die den eisch(er) niet ontvankelijk verklaren met hunne voor het gezag van gewijsde zoo eigenaardige gevolgen[2]), was geen sprake.

Deze drie verschilpunten maken het m.i. volkomen duidelijk, dat het Romeinsche Recht niet meer ter interpretatie of als historisch argument voor het moderne gezag van gewijsde gebruikt kan worden[3]).

Neen, wanneer wij ons op de historie willen beroepen, dan bedoelen wij, dat de vader van ons recht, POTHIER, dezelfde meening was toegedaan. Dit blijkt uit het volgend voorbeeld (ofschoon het naar aanleiding eener andere vraag, een vraag over de subjectieve grenzen, gegeven is). De niet-uitbreiding van het gezag van gewijsde bij een procedure met één der mede-eigenaren eener deelbare zaak wordt hiermede verdedigd,

---

[1]) Zie p. 62 noot 1.

[2]) Zie p. 121.

[3]) Vgl. ook nog Hoofdst. II, p. 23, waar uiteengezet wordt, dat het gezag van gewijsde thans een omvangrijker werking heeft dan in het Romeinsche Recht.

dat er wel geprocedeerd is over één der x deelen der zaak, maar niet over de anderen. Is nu de eisch afgewezen, omdat een testament, waaraan de mede-eigenaar zijn recht ontleent, nietig is verklaard, dan komt, indien ook een ander mede-eigenaar zich op dat testament steunt, wel degelijk dezelfde vraag ter sprake. Dat POTHIER in dat geval toelaat nogmaals te procedeeren — hij acht objectieve identiteit voldoende — is alleen hieruit te verklaren, dat hij aan de beslissing over die vraag, over de nietigheid van het testament, geen gezag van gewijsde toekent [1]).

Deze leer is in het Fransche Recht overgegaan. Daar geldt nog de bepaling, dat „la Cour de Cassation" nooit het dictum, maar wel de gronden mag veranderen [2]); over het dictum moet eventueel opnieuw recht gedaan worden. Dit ingrijpende verschil in behandeling kan m. i. slechts op éène wijze verklaard worden, nl. hierdoor, dat het alleen op het dictum aankomt, dat het dictum meer belang heeft dan de rest van het vonnis; en dit meerdere belang kan alleen gelegen zijn in het toekennen van gezag van gewijsde aan het dictum, terwijl het aan de gronden ontzegd wordt.

Zoowel de text der wet, alsook de historie schrijven dus gebiedend voor den door ons verdedigden regel aan te nemen.

Wij houden dezen regel voor eenen zeer billijken en hoogst doelmatigen [3]). De gevolgen der door ons bestreden leer kunnen aantoonen, hoe verkeerd zij is.

Wanneer aan alle beslissingen of constateeringen gezag van gewijsde toegekend werd, dan zou veel meer onbetwistbaar worden, dan partijen wilden of vermoedden [4]); elk feit, elke rechtsverhouding kan tallooze gevolgen hebben, waaraan men niet behoeft te denken. En als men er wel aan dacht,

---

1) POTHIER, dl. II, n°. 58; vgl. ook TOULLIER, dl. X, n°, 207, over de uitlegging van POTHIER's woorden.

2) C. de Cass. 3 Fevr. 1864, (§ 64, 1, 10) BONNIER n. 863, LACOSTE n. 220.

3) Dat hij in sommige gevallen wel tot hardheden kan leiden, is niet te miskennen. Over het correctief, zie p. 79.

4) UNGER, 4e ed., dl. II, p. 621 ff & 639 ff en de daar geciteerden, speciaal WETZEL, p. 592 ff. Vgl. ook Mem. v. Toel. C. P. O. v. 1879 en Mot. B. G. B., dl. I, p. 371 en SCHMIDT Klagänderung, p. 175.

zou men elk misschien zeer weinig belangrijk punt moeten betwisten. Een noodzakelijk gevolg zou een onnoodig rekken en kostbaarheid van het proces zijn; en tevens een zeer groote uitbreiding van verzet, hooger beroep en cassatie. Want niet alleen in een toewijzend vonnis komen dergelijke beslissingen voor, ook in diegenen, waarbij de eisch is afgewezen of niet-ontvankelijk verklaard; een en ander onafhankelijk daarvan, of de gedaagde tegenwoordig was of verstek liet gaan.

Vooral bij verstekvonnissen zou gevaar dreigen, daar hierbij, zooals bekend is, de gestelde feiten voor erkend worden gehouden. Een voorbeeld aan de praktijk ontleend, moge dit verduidelijken. Voor de rechtbank te Haarlem was een eisch ingediend tot levering eener zaak op grond van een gestelde overeenkomst. Deze eisch was bij verstek niet ontvankelijk verklaard, omdat de eischer verzuimd had te stellen: levering „tegen behoorlijke praestatie zijnerzijds"[1]). Tegen dit vonnis was geen verzet gedaan en de eischer beriep zich in een later geding op het vaststaan der overeenkomst. Zeker, er stond in het vonnis onder de „overwegingen wat de feiten betreft", dat de gestelde feiten voor erkend werden gehouden. Neemt men aan, dat de gronden gezag van gewijsde hebben, dan zou het beroep op het vaststaan der overeenkomst volkomen te recht geweest zijn[2]). Dat dit in hooge mate onbillijk zou zijn, springt terstond in het oog.

Maar voor hooger beroep komt men tot nog grootere onbillijkheden. Het recht daartoe komt immers alleen aan den in het ongelijk gestelde partij toe[3]); dit kan alleen hij zijn, wiens eisch is afgewezen of tegenover wien de eisch van den ander is toegewezen. De overwinnaar kan dus niet

---

[1]) Vonnis van 21 November 1899, W. 7453; de exceptie v. gewijsde zaak is niet ontvankelijk.

[2]) Sommige oudere schrijvers maken een uitzondering van verstekvonnis, aangezien daarbij geen „geschil" bestond. Dat dit echter niet noodig is, blijkt o.a. uit het feit, dat het gezag van gewijsde niet uitgesloten wordt, wanneer de gedaagde het gestelde toegeeft.

[3]) Arg. ex art. 341 Wetb. v. Burg. Rechtsv., waar gesproken wordt van het recht van hooger beroep der erfgenamen van de verliezende partij. In gelijken zin FAURE V. p. 76.

van de hem bezwarende beslissingen in de gronden appelleeren. Dit is alleen dan eenigszins [1]) te rechtvaardigen, wanneer de gronden geen gezag van gewijsde hebben. Stellen wij om bij het zooeven genoemde voorbeeld te blijven, dat de gedaagde in plaats van niet te verschijnen de niet-ontvankelijkheid heeft beweerd en tevens de feiten heeft betwist. De rechter kan dan bijv. aannemen, dat de betwisting, als niet behoorlijk gemotiveerd, onvoldoende is, dat dus de feiten voor erkend worden gehouden [2]). Maar verder verklaart hij ook deze actie niet-ontvankelijk, omdat de eischer verzuimde te stellen: levering „tegen behoorlijke praestatie zijnerzijds". Nu is de gedaagde als overwinnaar van het recht van hooger beroep beroofd en is, wanneer men het gezag van gewijsde aan de gronden toekent, voor altijd onbetwistbaar, dat die overeenkomst bestaat. Dat iets dergelijks onduldbaar is, zal wel niemand ontkennen. Wij meenen dus, dat onze wet terecht aan de gronden gezag van gewijsde ontzegt.

In enkele gevallen moet men er zich voor hoeden, te ver te gaan en niet, wat in werkelijkheid het declaratoir is, voor een grond aan te zien en aan den anderen kant niet als declaratoir te beschouwen, wat in werkelijkheid grond is. Niet altijd is dit even gemakkelijk te zien en er bestaat dan gevaar voor verwarring. Dit doet zich in de eerste plaats voor, wanneer een actio-negatoria is ingesteld. Men is zoo licht geneigd te zeggen: geëischt is, dat de gedaagde de storing nalate (veroordeeling); en het gevorderde declaratoir is dus: dat er storing gepleegd is door gedaagde [3]). Niets echter is minder juist: het recht, waarover een uitspraak gevraagd is, is het eigendomsrecht zelve; de storing is slechts eene voorwaarde voor de ontvankelijkheid der actie: zij toont

[1]) „Eenigszins" slechts, goed kan men het niet noemen, aangezien in de gronden mogelijker wijze „Ehrverletzungen" kunnen voorkomen, waarvoor hooger beroep alleszins gerechtvaardigd is. Hierop wezen reeds verschillende auteurs, o. a. LACOSTE, n. 222.

[2]) Art. 341 Wetb. v. Burg. Rechtsv.

[3]) UNGER bijv. neemt dit aan. l. c.

[illegible] [1]. [illegible] dus na toewijzing [illegible] of zelfs de [illegible] kan de eischer [illegible] van zijn eigen-[illegible].

[illegible] waar voor de con-[illegible] van het servituut [illegible] is het servituut zelf, waar-[illegible] gegeven wordt, wanneer [illegible] belang heeft bij de actie: [illegible] belemmering. Deze is niets [illegible] werkelijkheid.

[illegible] doet zich voor bij de [illegible]. Wanneer zulk een [illegible] een beslissing gegeven worden [illegible] alsook over het beweerde, [illegible] wanneer een actie tot [illegible] moet in de eerste [illegible] overeenkomst, daarna over [illegible] een beslissing gegeven [illegible] declaratoir, dat niet [illegible]. Immers [illegible] wordt het bestaan [illegible] daar niet uit, dat de

---

[illegible] dasselbe, nur das Rechte-[illegible]

[illegible] wijzigen, kunnen wij [illegible] Hoofdstuk p. 17. Daar [illegible] bestaande verhouding, [illegible] wijziging aanwezig is [illegible] gepleegd. Alleen dat [illegible]

[illegible] het declaratoir: „er bestaat [illegible] ééne woord tweeërlei [illegible], 2° het niet of niet [illegible]

[illegible] het declaratoir: er is reden tot [illegible] nietigheid: de verhouding [illegible]

eischer nog recht heeft op den koopprijs [1]). Nochtans zal men in de eerste beslissing geen grond mogen zien: het is immers ondenkbaar, dat bij een actie tot nakoming eener overeenkomst de uitspraak over het bestaan der overeenkomst geen gezag van gewijsde zou hebben. Men erkent dit terstond als juist, wanneer de betaling van den koopprijs geëischt is.

Maar dan moet dit ook zoo zijn bij andere acties uit overeenkomst. Ageert men dus uit een koopovereenkomst in vrijwaring — hetzij wegens uitwinning, hetzij wegens verborgen gebreken — en is het bestaan der overeenkomst door den rechter erkend, dan zal men zich daarop mogen beroepen bij een actie tot praestatie van den koopprijs. Heeft men geëischt, dat de verhuurder eenige reparaties doe, dan wordt er tevens een bindende beslissing gegeven over het bestaan der huurovereenkomst. Hetzelfde geldt bijv. van lastgeving, arbeidscontracten, maatschap, reederij, firma, lijfrente en interessen.

Maar ook dit moet men niet buiten zijn eigenlijke grenzen uitbreiden. Door het declaratoir staat de overeenkomst vast; maar daarmede is niets beslist over het bestaan en den omvang van de daaruit voortvloeiende subjectieve rechten en verplichtingen. Is bijv. uit koop in vrijwaring geageerd, dan staat wel de koopovereenkomst vast, maar daarmede is niets naders beslist over de hoegrootheid van den koopprijs, over de vraag, of deze al of niet voldaan is; bij een actie tot reparatie van het gehuurde goed niets over de hoegrootheid van de huursom of over den duur van den huurtijd [2]); bij een actie tot nakoming van huur van een schip (chertepartij) niets over de andere bepalingen der chertepartij; bij een actie tot nakoming van een arbeids-contract — hetzij in burgerlijke

---

[1]) Natuurlijk is het een misvatting, dat de koopovereenkomst door praestatie van den koopprijs en levering te niet gaat. Daardoor gaan alleen de uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenissen te niet: getuige de mogelijkheid als nog in vrijwaring te ageeren. Evenmin gaat een overeenkomst te niet door het eindigen der daaruit voortvloeiende betrekking. Na beëindigen eener reederij, firma of maatschap; lastgeving of dienstbetrekking kan men nog wel uit die overeenkomst ageeren. Nadat de dienstbetrekking geëindigd is, blijft bijv. nog de verplichting tot betaling van het loon voortbestaan.

[2]) Zie p. 76.

zaken — hetzij in handelszaken, speciaal van het scheepsvolk (monsterrol) — niet over de verdere uit die overeenkomst voortvloeiende verplichtingen.

4. Denkbaar is natuurlijk, dat op den regel, dat de gronden geen gezag van gewijsde hebben, uitzonderingen bestaan.

Sommigen zijn van oordeel, dat aan de beslissingen over praejudicieele rechtsverhoudingen zeker gezag van gewijsde moet toegekend worden. Hieronder moet m. i. verstaan worden: zelfstandige rechtsverhoudingen, die in een proces beoordeeld moeten worden, alvorens men tot de eindbeslissing kan geraken.

Van dien aard zijn dan:

Bloedverwantschap bij erfrecht en eisch tot alimentatie,

Persoonlijke vordering bij pandrecht,

en Eigendom bij servituten [1]).

De eenige reden, voor deze verhoudingen een uitzondering te maken, zou gelegen kunnen zijn in den aard dier verhoudingen, daar de wet voor dezen geen uitdrukkelijke restrictie maakt en een beroep op het Romeinsche Recht ongeoorloofd is [2]). BINNERTS steunt zich op den aard van het gezag van gewijsde en daarom reeds is zijn opvatting naar mijn overtuiging onjuist. Hij zegt n.l. dat de tegenovergestelde opinie in tegen-

---

[1]) Aldus SCHMIDT Klagänderung, pag. 207 noot 1. Gaat men echter van het standpunt uit, dat alle vragen over rechtsverhoudingen onder de praejudicieele gerangschikt mogen worden, dan valt hieronder natuurlijk veel meer. Vele schrijvers nemen dit aan: zij rangschikken dan onder de praejudicieele verhoudingen, hoofdvordering, wanneer renten gevorderd zijn; of het geheele recht, hetzij dit een absoluut recht is (eigendom, erfrecht), hetzij dit een relatief recht is, (vorderingsrecht), wanneer een deel gevorderd is.

UNGER dl. II § 132, BINNERTS p. 99, FREUDENSTEIN p. 153.

UNGER rangschikt hieronder zelfs mede-eigendomsrecht bij de actio communi dividundo; zie daar tegen SCHMIDT Prozessr. p. 536.

Consequent doorredeneerend moeten zij dan ook als zoodanig beschouwen elke verhouding, waarvan de eindbeslissing afhangt, of met m. a. w. alle niet-feitelijke gronden en dan bestaat er natuurlijk geen reden meer tot eene afzonderlijke behandeling. Daarom acht ik het juister SCHMIDT te volgen. Zoo ook reeds LINDE Arch. f. Civ. Pr. 33 pag. 315. Voor ons heeft het echter geen praktisch belang, daar wij aan beiden gezag van gewijsde ontzeggen.

[2]) Zie p. 64.

spraak is met zich zelve, wanneer wij ten minste de juistheid van den regel res judicata pro veritate habetur erkennen [1]); want, — vervolgt hij — als in een erfenis-quaestie over bloedverwantschap is beslist en die bloedverwantschap later weer betwist wordt, zou het mogelijk zijn, dat een tegenstrijdige beslissing gegeven wordt. Dit kan niet, want dan zouden in rechte twee tegenstrijdige beslissingen als waarheid gelden: van beiden zou men kunnen zeggen: res judicata pro veritate habetur. Tegen dit betoog zou ik de volgende bedenkingen in het midden willen brengen. In de eerste plaats zou dit laatste niet alleen van deze praejudicieele verhoudingen gezegd kunnen worden, maar van alle beslissingen in een vonnis en is dus allerminst voor deze een speciale reden [2]) Doch bovendien komt het mij voor, dat Binnerts hier vergeet, dat res judicata pro veritate habetur alleen gezegd kan worden van een punt, dat gezag van gewijsde heeft en dat het juist de vraag is, of aan die beslissing omtrent bloedverwantschap enz. gezag van gewijsde toekomt.

Maar behalve, dat wij dus geen grond vinden, hier een uitzondering te maken — wat op zich zelf natuurlijk reeds voldoende zou zijn — meenen wij integendeel speciale redenen in onze wet te vinden om het aan deze beslissingen te ontzeggen.

De rechterlijke bevoegdheid en de toelaatbaarheid van hooger beroep en van cassatie (in één enkel geval) [3]) worden beoordeeld naar het gevorderde, bij voorbeeld naar het gevorderde bedrag. Nergens staat voorgeschreven, dat de onbevoegde rechter over de praejudicieele verhouding de

---

1) Pag. 102; hij steunt zich bovendien op dat recht: daardoor verblind schonk hij m.i. te weinig aandacht aan ons recht en liet eenige bepalingen buiten beschouwing, die naar het mij voorkomt sterk tegen zijn opvattingen pleiten. Daarover op de volgende bladzijden.

2) Wel is waar kent Binnerts het gezag ook aan alle andere beslissingen toe, maar desniettegenstaande schijnt hij dit een speciale reden voor deze beslissingen te vinden. Faure l.c. ontzegt het gezag aan feitelijke beslissingen, maar niet aan de praejudicieele verhoudingen. In het midden blijft dan, wat gebeuren moet met die beslissingen, die noch het één, noch het ander zijn.

3) Alleen bij den kantonrechter: art. 99 Rechterlijke Organisatie.

beslissing van den bevoegden moet uitlokken; nergens is bepaald, dat, wanneer er een dergelijke beslissing gegeven is, het appel (of de cassatie) toelaatbaar wordt, ook wanneer het gevorderde bedrag beneden de *f* 50 of *f* 400 blijft. Nam men nu aan, dat die beslissing gezag van gewijsde had, dan zou het bijv. kunnen voorkomen, dat door een kantonrechter, door een onbevoegden rechter dus, bindend over afstamming werd beslist, zonder dat er hooger beroep of cassatie zou openstaan. En, mogen wij er aan toevoegen, zonder verhoor van het Openbaar Ministerie, daar de betrekkelijke titel niet toepasselijk is op de procedure bij het kantongerecht, (art. 135 Wetb. v. Burg. Rechtsv.), zoodat het Openbaar Ministerie immers niet eens op de terechtzitting aanwezig is.

Welke waarde men persoonlijk nu aan het oordeel van den kantonrechter zou willen hechten, het is zeker, dat de wet hem dergelijke quaesties in hoogste instantie niet toevertrouwt. Had dus de wetgever gezag van gewijsde aan die praejudicieele beschikkingen willen toekennen, dan had hij soortgelijke bepalingen moeten geven als bij de reconventie, artt. 250 en 253 1e lid Wetb. v. Burg. Rechtsv.; waar hij bepaalt, dat geen reconventioneele eisch gedaan mag worden, wanneer de rechter onbevoegd is daarvan kennis te nemen uithoofde van het onderwerp van het geschil, en dat de toelaatbaarheid van hooger beroep bepaald moet worden naar de som der beide vorderingen. Dat hij dit naliet, is een reden te meer het gezag van gewijsde niet toe te kennen [1]) aan de praejudiciëele beslissingen.

De regel is dus, dat noch aan de beslissingen over het objectieve recht, noch aan die over de feiten, noch aan die over de rechtsvragen en rechtsverhoudingen, waaronder de praejudiciëele verhoudingen, gezag van gewijsde toekomt.

Wordt dus bijv. bij de invordering van een schuld als grond erfrecht aangevoerd of ter verdediging tegen een eigendomsactie vruchtgebruik of retentie, dan wordt alleen over den eisch,

---

[1]) **Het schijnt mij dan ook hoogst wenschelijk, dat de Staatscommissie van 1901 in de door haar voorgestelde bepalingen, tevens dergelijke regels had opgenomen. Wil men dit stelsel, dan zou deze leemte in de Tweede Kamer hersteld moeten worden.**

over het gevorderde declaratoir beslist, onverschillig of de exceptie verworpen wordt of niet [1]).

b. Op dezen regel bestaat echter, naar het mij voorkomt, een andere uitzondering. De wet schijnt mij nl. toe voor te schrijven, dat soms, wanneer er een deel gevorderd is, er tevens een bindende uitspraak over het geheel wordt gegeven [2]). Dit deel kan zijn, hetzij een materieel gedeelte, hetzij een termijn, hetzij iets, dat tot wat anders in zekere verhouding staat, zonder daarvan in den gewonen zin des woords een deel uit te maken, speciaal iets, dat een zeker % van wat anders vormt (rente en hoofdsom) [3]).

Deze deelvorderingen hebben tot een heftigen en langdurigen strijd aanleiding gegeven, die thans nog in vollen gang is. De uitgebreide nieuwere Duitsche litteratuur getuigt van drie verschillende opvattingen [4]).

---

[1]) Tenzij natuurlijk door de een of andere omstandigheid de uitspraak daarover tot „dictum" wordt, wat op twee wijzen kan gebeuren: òf door een incidenteel petitum, òf doordat op grond van vruchtgebruik van retentie de niet-ontvankelijkheid van het verzochte declaratoir wordt uitgesproken; zie pag. 79 en pag. 122. Dit laatste zal m. i. niet mogen geschieden; het bestaan van vruchtgebruik bijv. is geen reden niet te verstaan, dat de eischer eigenaar is; voor de ontvankelijkheid dier actie is slechts belang noodig. Ontbreekt dit, dan is d i t en niet het bestaan van het vruchtgebruik de oorzaak der niet-ontvankelijkheid. Maar denkbaar is, en veelal gebeurt het, dat de eisch op dezen laatsten grond niet ontvankelijk verklaard wordt en voor die gevallen geldt het gezegde. Zie hierover p. 53.

Schmidt schijnt te meenen, dat het aannemen der exceptie de afwijzing van den eisch medebrengt, pag. 535; dit spreekt hij zelve op p. 539 tegen.

[2]) Het is te beperkt van „Teil f o r d e r u n g" te spreken, daar een „deel" ook bij andere acties gevorderd kan worden. Juister is dus Teil a n s p r u c h.

[3]) Zgn. „ideëele deelen" zijn geen deelen: bij medeëigendom of medegerechtigdheid in zakelijke rechten is geen sprake van deel. Evenmin zijn verschillende zakelijke rechten in elkaar begrepen. Zie p. 111.

[4]) Dat § 325 C. P. O. = 1954 1e lid B. W. ten deze niets beslist, is duidelijk, daar het hier juist de vraag is, wàt dictum en wàt grond is. Kent men echter, zooals de ouderen, gezag van gewijsde aan de gronden toe, dan heeft de beslissing over het geheel zeker gezag van gewijsde. Daarom kunnen wij de oudere schrijvers, die Von Savigny volgen, buiten beschouwing laten. Deze schijnt zelf eenige restrictie te maken, VI p. 451 en 452: is in het 1e proces het bestaan der hoofdsom

Sommigen, zooals KLÖPPEL (pag. 123), FITTING (Z. f. C. P. Bd. 2, pag. 266), SCHMIDT (Klagänd p. 232), WINDSCHEID Pand. § 130 en SEUFFERT Commentar zu § 293 Bem. 4, zijn van oordeel, dat bij toewijzend vonnis alleen de beslissing over het litigeuse deel gezag van gewijsde kan hebben, doch, dat een afwijzend vonnis onbetwistbaar maakt, dat noch een déel, noch het geheel verschuldigd is, of beter, dat de eischer noch recht heeft op het deel, noch op het geheel.

Is bijv. de eisch op de helft van een vordering of van een onroerende zaak afgewezen, dan staat vast, dat de eischer noch recht heeft op die helft, noch op het geheel. Want, redeneert men [1]), in het tweede geval had de rechter de geheele vordering te onderzoeken, en wanneer ook maar een enkel deel der vordering verschuldigd was, had hij haar moeten toewijzen. Volkomen juist; maar uit het enkele feit, dat de rechter over eenig punt een uitspraak moest geven en heeft gegeven, volgt nog niet, dat deze gezag van gewijsde heeft. Men denke slechts aan praejudicieele verhoudingen [2]).

Een enkel schrijver, ZITELMANN in Busch' Zeitschrift Bd. 8, p. 254 s.s., meent een onderscheiding te moeten maken: hij acht het van belang, of een deel geïndividualiseerd is of niet, bijv. door een daaraan geknoopt recht of voorrecht (pand, hypotheek, borgtocht, enz.) of door een afzonderlijke plaats van praestatie, bijv. een, op een bepaalden tijd en plaats te betalen, termijn eener schuld. Is het eerste het geval,

---

(praejudicieel) ontkend, dan is de exceptio rei judicatae ontvankelijk, als de eischer nog een deel of het geheele kapitaal vordert; anders wanneer de eisch is afgewezen, omdat het te niet gaan van het litigeuse deel der vordering of der zaak is aangetoond.

Doch verder eischt hij, dat over het kapitaal is gestreden. Vgl. over het onjuiste van dit criterium p. 56.

Het spreekt ook vanzelf, dat de bepalingen van het Romeinsche Recht niet meer ter zake dienend zijn; vgl. over deze WINDSCHEID § 130 Note 11 en 12 en BRINZ I S. 339 f.

[1]) SCHMIDT's afwijkende argumentatie (Klagänd. 232) berust m.i. op een verwarring. Hij spreekt de meening uit, dat de beantwoording dezer vraag afhankelijk is van een door ons later te behandelen vraag, nl. of de „rechtsverhouding" onbetwistbaar wordt, dan wel de „rechtsvraag". Bij de behandeling van deze laatste vraag zullen wij trachten aan te toonen, dat hij aan die woorden de oorspronkelijke beteekenis onttrekt.

[2]) Zie pag. 70.

zoo betreft de afwijzing slechts het deel; maar was het deel niet geïndividualiseerd, dan ook het geheel, want dan is de geheele vordering „durchgeprüft". Terecht voert SCHOLLEMEYER hiertegen aan, dat men, om te weten te komen, welk deel geïndividualiseerd is, ook de geheele vordering moet onderzoeken, en dat er dus geen reden voor die onderscheiding bestaat [1]).

Deze laatste (civ. Arch. Bd. 76, p. 430 ff.) en o. a. PLANCK (Bd. I, p. 260, n⁰. 25), HERZOG (Z. f. d. D. C. P., Bd. I), DERNBURG (Bd. I, § 55, n. 29a), WACH I, p. 371, STRUCKMANN-KOCH, (ad § 322, Anm. 3), FREUDENSTEIN (p. 156), MAYER (p. 55), zijn van oordeel, dat alleen het deel beoordeeld is. Want, zeggen zij, niemand is gedwongen onmiddellijk alles te vorderen, wat hij vorderen kan; of hij nog meer had kunnen vorderen, was geen voorwerp van het proces. Dit moet zeker ook voor ons den algemeenen regel vormen: de eisch kan op het deel gericht zijn, en dan betreft het declaratoir natuurlijk ook alleen het deel (met dien verstande, dat wanneer het een actie uit overeenkomst is, tevens over het bestaan der overeenkomst een bindende beslissing wordt gegeven). Is dus een deel van een erf gevorderd en komt er in de gronden een beslissing over het geheel voor, dan heeft deze geen gezag van gewijsde [2]) [3]).

Wordt één jaar interessen gevorderd, dan zou dus slechts het al of niet verschuldigd zijn van die rente en het bestaan der overeenkomst vaststaan, ware het niet, dat de wet voor huren, pachten, renten en interessen en gedeelten van schulden

---

[1]) Vgl. ook hiertegen SCHMIDT's Klagänderung p. 235, note 2.

[2]) Bij andere absolute rechten, zooals auteursrecht, recht op fabrieksmerk, patent, zijn materieele deelen m. i. niet denkbaar. Voor ideëele deelen zie p. 73 noot 2.

[3]) Wordt dus bijv. gevorderd een deel van een land gelegen ten Oosten van een rivier, en in de gronden beslist, dat men ook eigenaar is van het deel ten Westen, dan heeft dit laatste geen gezag van gewijsde. Maar men mag natuurlijk nooit na afwijzing nog beweren, dat men eigenaar is van een stuk gronds, dat het eerste omvat (op dezelfde „rechtserzeugende Thatsachen", zooals wij later zullen zien). Dit zou te kort doen aan de onbetwistbaarheid van het feit, dat men (op bedoelde aangevoerde Thatsachen) geen eigenaar van dat eerste stuk is.

een uitzondering maakt. Als zoodanig moet de bepaling van art. 38 Rechterlijke Organisatie opgevat worden. Het 2e lid van dit bekende artikel bepaalt, dat de kantonrechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen van huren, pachten, renten, interessen en gedeelten van inschulden, ook al gaat de hoofdsom of de geheele vordering de gewone *f* 200 te boven; mits, wordt er aan toe gevoegd, de rechtstitel niet betwist is. Wij zagen op pag. 66, dat de kantonrechter gerechtigd is over alle praejudicieele punten n i e t - b i n d e n d e uitspraken te geven. Het feit, dat hij hier uitdrukkelijk bevoegd verklaard wordt om van die vorderingen kennis te nemen, kan alleen de beteekenis hebben, dat hem het recht gegeven wordt, b i n d e n d e uitspraken over de geheele verhouding te geven. Of m. a. w.: de wet zegt hier, dat de uitspraak over het geheel gezag van gewijsde heeft, dat de kantonrechter ook daarover een declaratoir geeft [1] [2].

Is dus bijv. over één termijn huur geprocedeerd, dan staat het jaarlijksche bedrag der huur vast en tevens, dat de huur gedurende dien tijd bestond; is een termijn rente van 5 % gevorderd, dan staat ook vast het bedrag van de hoofdsom, gedurende dien termijn enz. enz. [3]) Geven wij een voorbeeld aan de jongste Duitsche Rechtspraktijk ontleend. Een handelsreiziger vorderde betaling van zijn loon over het jaar 1901; de aangesproken firma antwoordde, dat zij hem reeds vroeger ontslagen had en dat hij dus geen aanspraak kon

---

[1]) Het spreekt van zelf, dat het onjuist is te zeggen: het deel is afgewezen dus ook het geheel. Men moet uit den geheelen inhoud van het vonnis de verschillende declaratoiren opmaken. Wanneer het te niet gaan van het deel is aangetoond, kan het bestaan der geheele verbindtenis vaststaan. Wij komen dus nagenoeg tot hetzelfde resultaat als VON SAVIGNY, zie boven noot 4, p. 73.

Denkbaar is natuurlijk, dat de rechter dit punt in het midden laat. Dit geschiedt bijv. wanneer het vonnis luidt: „overwegende, dat de gevorderde termijn in elk geval te niet zou zijn gegaan, als de verbintenis bestond". Dan is er slechts één declaratoir.

[3]) Wij komen dus practisch tot hetzelfde resultaat als de Hooge Raad 23 November 1888, N. R. dl. 150 § 28; bij bedoeld arrest besliste de Hooge Raad, dat indien, bij gelegenheid eener vordering van een rentetermijn over het recht op het kapitaal, waarvan de rente verschuldigd is, een beslissing is gegeven, in een later geding over een anderen termijn, de vroegere beslissing kan worden ingeroepen.

maken op loon. Van ontslag bleek niets en de vordering werd toegewezen. Door dit vonnis staat m. i. vast: het bestaan van het arbeidscontract, het bestaan der dienstbetrekking gedurende bedoeld jaar [1]) en het bedrag van het loon. Toen dus later die handelsreiziger het loon over het jaar 1902 vroeg, was de gedaagde niet meer in hare bewering ontvankelijk, dat vroeger, vóór 1901, ontslag was gegeven; zij zou daardoor in strijd komen met het vaststaande feit, dat die betrekking gedurende het jaar 1901 bestond [2]).

Men moet er zich voor hoeden het artikel 38 Recht. Org. te eng op te vatten; er ligt duidelijk aan ten grondslag, dat de wet wil, dat bij termijnvorderingen een bindende beslissing over het geheel gegeven wordt. De daar genoemde acties zouden wij slechts als voorbeelden willen beschouwen.

Zoo moeten dus met de zooeven genoemde op één lijn gesteld worden: de vorderingen tot betaling van premies bij de verschillende soorten verzekering, waarbij de premie in termijnen betaald wordt (levensverzekering en brandverzekering, waterschade- en diefstalverzekering enz.); de acties tot uitkeering van lijfrenten, en van pensioenen door private personen [3]).

Door het vonnis, dat iemand veroordeelt tot betaling van een premie van 3 $^0/_{00}$ over het jaar 1904, wordt dus onbetwistbaar: het bestaan der verzekerings-overeenkomst, het loopen der verzekering gedurende het jaar 1904, de hoegrootheid der verzekerde som en der premie [4]).

---

[1]) Dat, door het eindigen eener dienstbetrekking, de huurovereenkomst niet te niet gaat, werd reeds op p. 69 noot 1 gezegd.

[2]) Maar het is ook niet buiten de gestelde grenzen uit te breiden: zoo wordt bijv. niet bindend beslist over de vraag, voor hoeveel jaar die verbintenis is aangegaan, of de reiziger bovendien recht heeft op provisie en op werk.

[3]) Pensioenen, die door den Staat te betalen zijn, worden niet door de regelen van het burgerlijk recht beheerscht en vallen dus buiten het gebied van ons Proefschrift.

[4]) Doch niet bijv. over de vraag, of dat verzekerde bedrag als een limiet geldt, of dat bedoeld bedrag in elk geval uitgekeerd moet worden, dus zonder nader bewijs der hoegrootheid der schade, (open of getaxeerde polis.) Art. 274, art. 273 W. v. K.

Wij meenen derhalve de uitzondering aldus te mogen formuleeren: in geval termijnen of deelen van een schuldvordering gevorderd worden, wordt tevens een declaratoir gevorderd over het bestaan der hoofdverbintenis; ook zonder dat dit uitdrukkelijk is geschied.

5. Aan het slot der beschouwingen over de vraag of het gezag van gewijsde toekomt aan wat innerlijk de gronden van het vonnis vormt, schijnt het ons gepast een vraag te behandelen, die wel niet onmiddellijk tot de leer van het gezag van gewijsde behoort, maar die er toch nauw mede in verband staat. Wij bedoelen de vraag, of men bij incidenteele conclusie over eenig punt, dat reeds in proces is, een bindende beslissing mag vorderen. De Civilprozess-Ordnung f. d. D. R. bepaalt in § 253, dat men door „Incident-feststellungsklage" of door een „Widerklage" eenig punt bindend kan doen vaststellen en vult daarmede de bepaling aan, dat het gezag van gewijsde niet aan de gronden toekomt; elke praejudicieele verhouding, elk feit kan men desgewenscht door zulk een conclusie onbetwistbaar doen worden.

Verschillende Fransche auteurs [1]) hebben practisch iets dergelijks aangenomen. Zij meenen, dat iets, wat oorspronkelijk „motif" was, door debat mede-onderwerp van het vonnis wordt; of, wat op hetzelfde neerkomt, dat door betwisting het petitum stilzwijgend wordt uitgebreid. Veelal wordt hiervoor aangevoerd: wat betwist is, is grondig onderzocht en wat grondig onderzocht is, kan zonder gevaar onbetwistbaar worden [2]).

Men vergete echter niet, dat de betwisting misschien juist daarom achterwege is gebleven, omdat de partij het gestelde volkomen juist vond; dan immers is er zeker geen reden het gezag van gewijsde aan het erkende te ontzeggen, wanneer men dit aan het onderzochte, misschien hevig betwiste, wel toekent.

Het gemaakte onderscheid komt vrij wel neer op een on-

---

[1]) Garsonnet III, § 1126, note 13; Lacoste n°. 324.
[2]) Zie pag 56.

derscheiding tusschen constateeren en beslissen. Hiertusschen bestaat echter geen objectief verschil. Beiden zijn conclusies van syllogismen: wat den een constateeren toeschijnt, zal de ander misschien een beslissing noemen. Alles hangt hier van het subjectieve gevoelen af. Het is duidelijk, dat een dergelijk individueel gevoelen niet de vraag kan beslissen, of aan een uitspraak al of niet gezag van gewijsde toekomt.

Een dergelijke stilzwijgende uitbreiding van het petitum mag dus zeker niet aangenomen worden.

Geheel anders is het met een uitdrukkelijke incidenteele conclusie [1]. De vraag is, of de wetgever haar toelaat. Voor de toelaatbaarheid eischt men gewoonlijk [2] een verband met de hoofdconclusie. Aan deze voorwaarde is ontegenzeggelijk voldaan. Voor zoover mij bekend, moeten wij dan nog slechts onderzoeken, of art. 134 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering het voor den eischer, art. 250 van hetzelfde wetboek het voor den gedaagde uitsluit.

Art. 134 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering bepaalt, dat de eischer bevoegd is zijn eisch te wijzigen of te verminderen, zonder nochtans het onderwerp van den eisch te mogen veranderen of vermeerderen. Al staat niet nauwkeurig vast, wat met dit artikel bedoeld wordt, toch kunnen wij m. i. met zekerheid zeggen, dat zulk eene incidenteele conclusie niet kan vallen onder „verandering van het onderwerp van den eisch"; immers wat petitum was, blijft petitum; daaraan wordt niets veranderd. Kan het dan misschien onder „vermeerdering" vallen? Gaan wij na, wat daarmee volgens de algemeene opvatting bedoeld wordt [3], dan vinden wij, dat daarbij alleen gedacht wordt aan het gevorderde bedrag. Welnu dit blijft onveranderd; wij kunnen dus tot geen andere conclusie komen, dan dat art. 134 Burg. Rechtsvordering aan den eischer niet belet een bindende uitspraak te vragen over iets, wat reeds in proces was.

Zonder uitdrukkelijk bewijs van het tegendeel moet voor den

[1] Les notes de DEVILLENEUVE, sous Cass. 25 pluv. an II et 15 juin 1818, (Masson et Bois te S. et P. chr., geciteerd bij LACOSTE n°. 326 eischen een dergelijke uitdrukkelijke conclusie.
[2] Zie bijv. FAURE III, pag. 4.
[3] vgl. FAURE. II p. 49.

gedaagde hetzelfde aangenomen worden. Art. 250 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering levert een dergelijk bewijs allerminst. Genoemd artikel spreekt van het ageeren in reconventie. Men zou echter kunnen vragen, of de gedaagde niet steeds in reconventie moet ageeren, wanneer hij het een of ander begeert.

Wij kunnen deze vraag hier niet in haar geheelen omvang onderzoeken. Maar wij meenen, dat uit de nieuwere litteratuur met stelligheid mag besloten worden, dat de gedaagde ook kan ageeren door de zoogenaamde „Rechtsverfolgende Einreden" [1]). Hieruit volgt. dat de wet den gedaagde niet verplicht uitsluitend in reconventie te ageeren. En hiermede is het bewijs geleverd, dat art. 250 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering den gedaagde niet het recht ontzegt bij incidenteele conclusie over eenig punt, dat reeds in het proces is, een declaratoir te vorderen [2]).

Ook in dit opzicht stemt onze wet dus met de Duitsche Civilprozessordnung overeen.

Met het oog op het reeds bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediende ontwerp tot wijziging van de VI eerste Titels van het vierde Boek van het Burgerlijk Wetboek, schijnt mij de vraag niet misplaatst, of het voor de toekomst wenschelijk is de leer van de Civilprozessordnung uitdrukkelijk in onze wet op te nemen. De Staatscommissie van 1901 en het Voorstel van Wet, — dat geheel met het Ontwerp overeenstemt — stellen juist het tegenovergestelde voor: art. 1959 en de daarbij behoorende Memorie van Toelichting, pag 207; aldaar heet het: „Het is onze bedoeling, dat in het algemeen „als beslissing zal worden aangemerkt elke uitspraak, die „de rechter omtrent een tusschen partijen bestaand geschil-„punt geeft en moet geven, om daarop een veroordeeling of „afwijzing te kunnen bouwen; ware het anders, dan zou het „beroep op het gezag van gewijsden [3]) geheel of bijna geheel

[1]) vgl. daarover PARSER, Het declaratoir Vonnis, Ac. Proefschr. pag. 65 v. v..

[2]) De beslissing daarover is materieel altijd een eindvonnis, formeel kan het een interlocutoir vonnis zijn.

[3]) „gewijsd*en*", moet m. i. zijn: „gewijsd*e*".

„onmogelijk zijn bij vrijsprekende vonnissen, waarbij in het „dictum niets dan eene enkele afwijzing voorkomt". Dat, naar mijne overtuiging, dit argument niet op kan gaan, volgt, naar ik hoop, voldoende uit het op pag. 55 gezegde.

Neen, wat het jus constituendum aangaat, ook daar gelde het stelsel, dat, naar mijne meening, thans bij ons van kracht is en dat door de groote Duitsche juristen ook algemeen als het meest wenschelijke wordt beschouwd; een en ander met het oog op de vermoedelijke bedoeling van partijen, met het oog op de bepalingen omtrent hooger beroep en verzet, en ter vermijding van hooge kosten en van het noodeloos rekken der processen. Dus voor de toekomst zoowel als voor het heden gelde als regel: geen gezag van gewijsde aan de gronden.

III. DE INVLOED DER GRONDEN VAN HET VONNIS OP DEN OMVANG VAN HET DECLARATOIR.

A. De verschillende opvattingen en hare gevolgen.

1. Wij zagen tot dusverre, dat het er niet toe doet, of het declaratoir geplaatst is tusschen wat uiterlijk de gronden van het vonnis vormt; dat aan den anderen kant aan datgene, wat innerlijk de „gronden" vormt, gezag van gewijsde ontzegd moet worden, — of m. a. w. dat al datgene, wat noodig is om tot de eindbeslissing te kunnen geraken, gezag van gewijsde mist.

Maar daarmee is nog niets beslist over de derde vraag, die niet minder belangrijk is: welken invloed hebben de in de motieven opgenomen beslissingen omtrent de gronden der rechtsverhouding, — omtrent de feiten, die eene rechtsverhouding doen ontstaan en te niet gaan — op den omvang van het declaratoir?

Ook deze derde vraag wordt dikwijls gesteld in den vorm: „Hebben de gronden gezag van gewijsde?" Men vraagt bijv. wanneer een eigendomsactie is afgewezen, omdat de gestelde levering niet bewezen is: „Heeft die grond van afwijzing gezag van gewijsde?" Juister achten wij het deze vraag op de zooeven aangegeven wijze te stellen en dus te vragen,

wat de invloed der „rechtserzeugende Thatsachen" op het declaratoir is.

Altijd wordt een declaratoir gegeven over een bepaalden toestand: over het bestaan van een feit, een recht, een rechtsverhouding of een plicht [1]). De omvang van dat declaratoir verschilt alnaarmate men den „gronden" invloed toekent.

Drie theoriën worden daaromtrent in de litteratuur aangetroffen: 1°. dat de toestand beoordeeld is geheel onafhankelijk van de aangevoerde en in het vonnis vermelde gronden, 2°. dat de toestand alleen in verband met de feiten, die hem deden ontstaan [2]), beoordeeld is, en 3°. dat hij alleen beoordeeld is in verband met de aangevoerde bewijzen.

a. De meest uitgebreide grenzen, die men stellen kan, zijn, dat de materieele rechtsverhouding het voorwerp der beslissing is [1]).

Dan staat bijv. bij een eigendomsactie op grond van koop, bij toewijzing vast, dat de eischer eigenaar is, bij afwijzing — om welken reden ook — dat hij het niet is; bij eene actie tot erkenning van erfrecht op grond van een testament, bij toewijzing, dat de eischer erfgenaam is, bij afwijzing, dat hij het niet is, ook niet op grond van een ander testament of op grond van bloedverwantschap; bij een actie tot echtscheiding wegens overspel, bij toewijzing, dat die reden bestaat, bij afwijzing, dat er geen enkele reden tot echtscheiding aanwezig is, ook niet bijv. kwaadwillige verlating.

De verhouding wordt dan geheel los van de feiten, die haar deden ontstaan. Wanneer dan later hetzelfde recht of dezelfde verhouding nogmaals beweerd wordt, met andere feiten tot grondslag, dan is de exceptie van gewijsde zaak ontvan-

---

[1]) Voorbeelden:
Feiten: krankzinnigheid.
Verhoudingen: familierechterlijke verhoudingen.
Verplichtingen: uit de verschillende overeenkomsten.
Rechten: zakelijke rechten.
Uit een ander volgt, dat SCHMIDT, Kläganderung pag. 174 wanneer hij zegt, dat alleen verplichtingen vastgesteld worden, zich, niettegenstaande hij het tegendeel beweert, wel degelijk aan een petitio principii schuldig maakt.

[2]) Vgl. SCHMIDT, Klagänderung 174 v.v. en Civilprozessrecht § 97.

kelijk. Voor den omvang van het gezag van gewijsde is alsdan alleen van beteekenis de omvang van het materieele recht, de regels dus van het privaatrecht, waarnaar de inhoud van elk subjectief recht bijv. van eigendom, erfrecht en elke andere rechtsverhouding afgemeten wordt.

De regel, waarván wij uitgingen: „verstaan wordt, dat eenig „feit, eenige rechtsverhouding, eenig recht of eenige ver-„plichting al of niet bestaat" kan dan aldus aangevuld worden: verstaan wordt, dat eenig individueel bepaald recht enz., dat naar tijd, omvang en inhoud van andere te onderscheiden is, bestaat. De gronden van het vonnis leveren dan het materiaal, waaruit de individualiteit van het materieele recht vast te stellen is; daarom wordt deze theorie gewoonlijk de Individualisierungs-theorie genoemd [1]).

b. Nog een andere, een engere, begrenzing van den inhoud is mogelijk.

Het is denkbaar, dat de beweerde verhouding [2]) slechts met

[1]) K. Mayer. Anspruch und Rechtskraft p. 12. tracht aan te toonen, dat niet de rechtsverhouding zoo aangeduid moet worden, maar dat een gebeurtenis of toestand (Vorgang oder Zustand) zoo te beschrijven is, dat de individualiteit vaststaat. Dit is dus eene nuance van de Individ. theorie.

Op p. 40 schijnt hij echter de tweede, de Substanzierungs-theorie te huldigen.

[2]) Het spreekt van zelve, dat telkens, wanneer een feit vastgesteld wordt, er van deze tweede leer geen sprake kan zijn, bijv. bij curateele wegens krankzinnigheid.

Het gevorderde declaratoir is, dat iemand zich bevindt in voortdurenden staat van krankzinnigheid, onnoozelheid of razernij. Men vraagt dus niets anders dan het constateeren van een feitelijken toestand. En daarbij is uit den aard der zaak geen sprake van gronden of oorzaken, die hem deden ontstaan. Waardoor iemand krankzinnig is geworden, doet allerminst ter zake. Het vonnis, dat den eisch wegens gebrek aan bewijs afwijst, maakt dus onbetwistbaar, dat iemand niet bijv in voortdurenden staat van krankzinnigheid verkeerde. Maar of hij niet in een voortdurenden staat van razernij of van onnoozelheid verkeerde, kan, als zijnde niet gesteld, niet beoordeeld zijn.

Men zou misschien geneigd zijn te zeggen, dat hier een erkenning gevraagd wordt van het recht van den verzoeker om den gedaagde onder curateele te doen stellen. Alsdan zou de krankzinnigheid enz. de grond van het ontstaan van dit recht zijn. Deze constructie acht ik echter in strijd met het wezen van bedoeld verzoek: het doel is niet, te weten of de verzoeker gerechtigd is, maar of de persoon in quaestie krankzinnig is. Het ontbreken van de vereischte familierelatie is een reden tot niet-ontvankelijkheid: bij deze actie is niet „belang" voldoende, maar wordt een bepaalde qualiteit geeischt.

betrekking tot die feitelijke gronden vastgesteld is, welke in het proces tot ondersteuning van de actie, of ter verdediging zijn aangevoerd. Dan kan men na toewijzing der eigendomsactie nieuwe gronden van te niet gaan of nietigheid aanvoeren, en na afwijzing, den eigendom op nieuwe gronden steunen; na toewijzing van een actie tot erkenning van erfrecht op grond van een testament, later nog de nietigheid van bedoeld testament, na afwijzing dier actie, erfrecht op grond van een ander testament of door bloedverwantschap; na afwijzing eener actie tot echtscheiding op grond van overspel nog nieuwe redenen tot scheiding, enz. enz.

Wanneer dus in een later proces over dezelfde materieele rechtsverhouding geprocedeerd wordt, maar deze thans op andere feitelijke gronden steunt, dan is de exceptie van gewijsde zaak niet ontvankelijk. Voor den omvang van het gezag van gewijsde is dan beslissend, het geheel der feiten of gronden, m. a. w. niet de inhoud van het beweerde recht, maar de inhoud van het gevoerde proces. De regel, dien wij in den aanvang stelden, dat eenig recht enz. al of niet bestaat, moet dan nader aldus luiden: beslist wordt de rechtsvraag, of de verhouding op de aangevoerde gronden bestaat of niet.

Het onderwerp van het gezag van gewijsde is bij deze theorie dus de rechtsvraag, of in het onderhavige geval de voorwaarden aanwezig zijn voor een bepaalde conclusie, getrokken uit de feiten en den rechtsregel. Daar men echter den rechtsregel niet voor elk proces behoeft vast te stellen en bekend mag achten [1]), zoo schijnt het, dat volgens deze opvatting de „feiten" onbetwistbaar worden. Maar hierop moet nog met nadruk gewezen worden, dat deze leer volstrekt niet elk feit op zich zelf onbetwistbaar laat worden, maar dat alleen de feiten als geheel, als eenheid onbetwistbaar worden.

In dit geval zijn de gronden (de feiten) van het vonnis de directe maatstaf voor den inhoud der beslissing; zij geven onmiddellijk aan, wat de substantie der beslissing is. Daarom wordt

[1]) Vgl. p. 87.

deze theorie gewoonlijk Substanzierungs-theorie [1]) genoemd.

3. De engste opvatting, die in de litteratuur voorkomt, is, dat niets meer onbetwistbaar wordt, dan dat iets bewezen of niet bewezen is [2]). Bijv. dat de eigendom, het erfrecht, de reden tot echtscheiding al of niet bewezen is. Bij deze leer zou de exceptie van gewijsde zaak niet ontvankelijk zijn, indien men dezelfde feiten met andere bewijzen wilde aantoonen. De in het begin gestelde regel zou dan aldus uitgedrukt moeten worden: vastgesteld en verstaan wordt, dat de rechtsverhouding enz. bewezen is of niet.

Het onderwerp der beslissing zou niets anders zijn dan de rechtsvraag, of de aangevoerde bewijzen het gestelde wettigen, en de gestelde feiten, met het objectieve recht als major, op hun beurt weder de conclusie.

Deze laatste leer, slechts in enkele speciale gevallen [3]) als regel gesteld, heeft nimmer algemeen gegolden. Zij is dan ook geheel in strijd met wat algemeen als de werking van het gezag van gewijsde wordt beschouwd: immers, nooit heeft men aangenomen, dat men dezelfde feiten later met nieuwe bewijzen mocht trachten aan te toonen. Bovendien volgt dit uit art. 545 Burg. Wetboek. Het artikel bepaalt, dat iemand, die een recht wil afleiden van een vermoedelijk overledene, dat aan dezen zou zijn opgekomen, nadat zijn bestaan onzeker was geworden, bewijzen moet, dat die persoon op dat tijdstip leefde. Verder stelt het als uitzondering, dat men, na afwijzing van den eersten eisch, nog nader bewijs mag leveren, dat die persoon op dat tijdstip in leven was. Op grond hiervan kunnen wij bedoelde theorie — naar mijn overtuiging — ter zijde laten [4]).

---

1) Vgl. SCHERLING, in Z. f. C. P. R. Bd. 32 p. 213.

2) Vgl. over het logische dezer meening: Staatscommissie 1901 M. v. T. p. 202.

3) Deze theorie huldigen zij, die meenen, dat het vinden eener quitantie een actie tot terugvordering wettigt. Vgl. hierover nader pag. 93.

4) Ook de Staatscommissie van 1901 beschouwt het als vanzelf sprekend, dat deze theorie noch voor het jus constitutum, noch voor het jus constituendum kan gelden, l. c..

Maar wat nu de twee andere opvattingen aangaat, de strijd daarover werd, totdat SCHMIDT zijne Klagänderung deed verschijnen, slechts met gesloten oogen gevoerd. In dien zin nl., dat elk zijne opinie als van zelf sprekend beschouwde en verzuimde de tegenovergestelde te weerleggen en dat vooral het principieele in hunne uitlatingen ontbreekt. Maar toch werd de strijd gevoerd en het is in den regel niet moeilijk een schrijver in het eene of het andere kamp te plaatsen. De tweede opvatting wordt door een groot aantal schrijvers als FREUDENSTEIN [1]), KLÖPPEL [2]), DERNBURG [3]), FÖRSTER-ECCIUS [4]) en PLANCK [5]) met duidelijke woorden verdedigd.

Bij hen sluiten zich vele Fransche en Nederlandsche auteurs [6]) aan, zonder de vraag echter zoo algemeen te stellen. Een misschien nog grooter aantal schrijvers als CLAPROTH [7]), KIERULFF [8]), BUCHKA [9]) en LINDE [10]) laten deze opvatting doorschemeren bij behandeling der vraag, of ook de gronden, dan wel alleen het dictum gezag van gewijsde heeft, en verwarren deze beide vragen [11]).

Anderen weer zeggen, dat het voorwerp van het gezag van gewijsde is „der Anspruch" [12]), „das Klagrecht" [13]), de rechtsverhouding [14]), „historischer Vorgang [15]). Wel is waar doen zij dit meest zoo, door ook voor het moderne proces-

---

[1]) pag. 71.
[2]) pag. 112.
[3]) § 163 I p. 370.
[4]) Theorie und Praxis des preus. Civilr. § 55.
[5]) I pag. 261, 266, 268.
[6]) Bijv.: LACOSTE n. 425 en de daar geciteerden; GARSONNET § 1130; BINNERTS pag. 192.
[7]) Einl. in den ordentl. Prozess II pag. 210.
[8]) Theorie des Gemeinen Civilrecht I pag. 260.
[9]) Einfl. II pag. 207.
[10]) Arch. f. C. P. Bd. 33 pag. 34.
[11]) Vgl. ook Staatscommissie 1901 Mem. v. Toel. p. 209.
[12]) BEKKER, Proz. Consumption S. 46, BRINZ I S. 337, WINDSCHEID I S. 412 § 127, SCHMIDT, Klagänderung pag. 200.
[13]) WETZEL S. 579.
[14]) UNGER II S. 621.
[15]) MAYER, pag. 12. Ook HELLWIG Subj. G. p. 11. Anders, m. i. p. 64 en p. 66, waar hij het door een bepaalde grond geïndividualiseerd recht tot inroeping van nietigheid van een huwelijk, alleen beoordeeld acht. Vgl. p. 116 van dit hoofdstuk.

recht uit de bronnen de Romeinsch-rechterlijke leer van de exceptio rei judicatae ontwikkelen. Maar toch blijkt de bedoeling om in het materieele recht den maatstaf te vinden voor den omvang van het gezag van gewijsde. Dat echter het Romeinsche recht daarvoor geen waarde meer heeft, werd boven reeds aangetoond. „'t Waer tijdt en meer dan tijdt" dat onze rechtswetenschap bij de behandeling van de leer van het gezag van gewijsde „auf eigne Füsze gestellt werde" [1]).

2. Alvorens de vraag „Rechtsverhouding" of „Rechtsvraag" („Individualisierungs-" of „Substanzierungstheorie") te beantwoorden, hebben wij nog twee algemeene opmerkingen te maken. In de eerste plaats moeten wij aangeven, op welke punten de beide opvattingen tot gelijk resultaat komen; in de tweede plaats moeten wij met een enkel woord aanwijzen, welk belang deze vraag voor het „Anwendungsgebiet" van het gezag van gewijsde heeft.

a. Als zeker kan aangenomen worden, dat geen der beide opvattingen toelaat in een tweede proces dezelfde feiten onder eenen anderen rechtsregel te brengen. Voor de eerste behoeft dit geen nader bewijs; doch ook voor de tweede kan men het niet geoorloofd achten. Immers art. 59 Wetb. van Burg. Rechtsvordering bepaalt, dat de rechter zoo noodig de rechtsgronden zal aanvullen: „Curia jus novit". Wettigen de gestelde feiten in verband met een niet aangevoerden rechtsregel de conclusie, dan zal de eisch toegewezen worden. Door de afwijzing wordt dus onbetwistbaar, dat de gestelde feiten op geen enkele wijze het gevorderde declaratoir wettigen [2]).

---

[1]) Freudenstein S. 37. Klöppel S. 48, Wach Handbuch I S. 267, 268 en Schmidt, Klagänderung S. 180.

[2]) Voorbeelden:
Niet mag men dus ageeren uit art. 1402 B. W. (nalatigheid) na uit 1401 (daad) geageerd te hebben.
Op grond van vermogensvermeerdering zonder oorzaak na depositum.
Op grond van art. 629 B. W., na art. 2014 B. W.
Op grond van art. 1422, na art. 1852 B. W.
Op grond van 210 Wetb. v. Kooph. na art. 100 van hetzelfde Wetboek. enz. enz.
vgl. Schmidt Klagänderung, die op p. 222 Note 2 een aantal voorbeelden aan het klassieke Recht ontleent, vermeldt bijv.:
Condictio furtiva & actio depositi; tegen iemand die een in pand ontvangen slaaf doodde, de actio pignoratitia en de actio legis Aquiliae.

Hieruit volgt tevens onmiddellijk, dat het er niet toe doet, welke juridische qualificatie men aan de feiten toekent[1]): het is dus ongeoorloofd, wanneer men in het eerste proces eenige feiten als koop heeft voorgesteld, na afwijzing der actie[2]), deze feiten als „schenking" voor te stellen[3]). De regel, dien men gewoonlijk stelt, dat men na koop nog wel schenking mag beweren, is dus in zijn algemeenheid niet juist.

b. De beantwoording der vraag „rechtsverhouding" of „rechtsvraag" heeft groote beteekenis voor een andere vraag, nl. of ook vonnissen, die geen „Sachurteile" zijn, gezag van gewijsde kunnen hebben. Huldigt men nl. de opvatting, dat de materieele verhouding vastgesteld wordt, dan kan telkens, wanneer die materieele verhouding niet beoordeeld is, van gezag van gewijsde geen sprake zijn. Of m. a. w. alleen „Sachurteile" hebben gezag van gewijsde[4]). Een vonnis, dat den eisch niet ontvankelijk verklaart, of de onbevoegdheid des rechters uitspreekt, zou nooit gezag van gewijsde kunnen

---

[1]) Anders Utrecht 8 Febr. 1888. W. 5545. Eerst: betaling voor werkzaamheden op last en voor rekening van gedaagde; daarna voor dezelfde werkzaamheden krachtens overeenkomst (aanneming van werk).

[2]) Voorbeelden:
bruikleen en depositum;
teruggave wegens het niet vervullen van een last en wegens het niet vervullen van eene voorwaarde;
koop met recht van wederinkoop en pandovereenkomst;
lastgeving en huur van diensten;
lastgeving en volmacht;
lastgeving en het op zich nemen van diensten om niet;
schadevergoeding uit rechtmatige en onrechtmatige daad (zie over schadevergoeding uit „rechtmatige" daad: PAUL SCHOLTEN, Ac. Proefschrift).

[3]) SCHMIDT, Klagänderung pag. 222, komt met zijne „Individualisierungstheorie" hier tot hetzelfde resultaat, maar meent, dat bij een Substanzierungstheorie het tegendeel moet gelden. Het is mij niet geheel duidelijk, waarop hij die meening steunt.

[4]) SCHMIDT grondt zijne opinie, dat alleen „Sachurteile" gezag van gewijsde hebben op § 325 Civ. Proz. Ordnung f. d. D. R., luidend „Urteile sind der Rechtskraft nur in soweit fähig, als über den Anspruch entschieden ist". Hij neemt dan Anspruch in den materiëel-procesrechtelijken zin. Natuurlijk kan men Anspruch ook in een andere beteekenis nemen, nl. in den formeelen zin. Zie daarover Planck I § 53, en ook beneden pag. 119.

hebben. Deze vonnissen zouden zonder eenig gevolg voor de toekomst zijn.

Bij de beantwoording der vraag: „Rechtsverhouding of rechtsvraag" [1]) moet dus uitgegaan worden van de „Sachurteile" Alleen van dezen is het zeker, dat zij gezag van gewijsde hebben. Komen wij tot het resultaat, dat de wet veroorlooft, dat het antwoord op een rechtsvraag onbetwistbaar wordt, dan kunnen wij nagaan of dergelijke niet-„Sachurteile" volgens onze wet gezag van gewijsde hebben [2]).

B. WELKE OPVATTING: „RECHTSVERHOUDING" OF „RECHTSVRAAG" GELDT IN ONS RECHT?

1. Beantwoording der vraag „Rechtsverhouding" of „Rechtsvraag?" voor vonnissen, die zich met de zaak zelve inlaten. (Sachurteile).

Men is geneigd te zeggen: art. 1954 2e lid Burg. Wetboek bepaalt, dat voor het inroepen van het gezag van gewijsde noodzakelijk is, dat de gevorderde zaak dezelfde zij en de eisch op

[1]) Het belang der vraag: „rechtsverhouding of rechtsvraag" wordt door Schmidt zeer overdreven. (Klagänderung pag. 185 & ff.) Hij neemt nl. aan, dat zij 1° van belang is voor de Dogmatiek van het gezag van gewijsde, nl. voor de bepaling van het wezen dier vonniswerking. 2° Zou zij van belang zijn voor de identiteit, gedeeltelijk om den grond dier regels te verklaren, gedeeltelijk om den inhoud te bepalen: *a* als grond voor de subjectieve identiteit; *b* als inhoud van de objectieve identiteit. Het is hier de plaats niet nader daarop in te gaan. Over de onjuistheid van het sub 1° gezegde spraken wij reeds in het vorige hoofdstuk pag 25; over het sub 2° gezegde verwijzen wij, wat punt *a* betreft, naar de behandeling der subjectieve grenzen; en wat het sub 2° *b* gezegde aangaat, kunnen wij thans ook zwijgen, daar wij zullen trachten aan te toonen, dat objectieve identiteit overbodig is. Ten slotte willen wij er nog op wijzen, dat Schmidt l.c. p. 232, het antwoord op deze vraag beslissend acht voor de vraag, of wanneer een deel gevorderd is, mede over het geheel is beslist. Want, zegt hij, neemt men aan, dat over de rechtsverhouding is beslist, dan is natuurlijk de geheele verhouding beoordeeld; acht men echter alleen de rechtsvraag beoordeeld, dan is alleen het deel voorwerp der beslissing geweest. Dit lijkt juist, maar het is bedriegelijk. Want Schmidt laat hier los de beteekenis, die hij oorspronkelijk aan die uitdrukkingen gaf. Hij stelde immers voorop: is de rechtsverhouding los van de gronden vastgesteld, of slechts in verband met de aangevoerde gronden? Passen wij dit op deelvorderingen toe, dan luidt de vraag aldus, is het dictum vastgesteld los van de gronden of slechts in verband met de gronden? De vraag wat dictum en wat praejudicieele beslissing is, wordt hierdoor niet geraakt.

[2]) Zie p. 119.

dezelfde oorzaak beruste. En dus moet voor onze wet aangenomen worden, dat het gezag van gewijsde onbetwistbaar maakt dat de verhouding, enz., bestaat of niet bestaat met betrekking tot de aangevoerde feiten.

Ongelukkiger wijze is de zaak niet zoo eenvoudig: de woorden van art. 1954 Burg. Wetboek sluiten noch de eene noch de andere theorie uit[1]). Maar bovendien welken zin men er ook aan geeft, het is een regel, die onmogelijk voor ons recht toepasselijk kan zijn, in zijne algemeenheid wel te verstaan.

Nemen wij aan, dat art. 1954 bovengenoemd werkelijk zegt, dat men, om de objectieve identiteit te beoordeelen, moet letten op het gevorderde en op de aangevoerde feiten[2]).

Dan is echter niet zeker, of met dien tweeden eisch bedoeld wordt: „Individualisierung" dan wel „Substanzierung" m. a. w. of men de gronden alleen moet gebruiken als hulpmiddel bij de beoordeeling der identiteit der verhouding, of dat de gronden de substantie vormen, zoodat elke verandering in de gronden de identiteit doet ophouden[3]).

Maar hoe het ook zij, in geen geval kunnen die woorden als algemeene regel gelden.

Immers, hield men zich hier aan, dan is iemand, wiens eigendom erkend is op grond van koop en levering, bevoegd later zijn eigendom nog vol te houden op grond van erflating. Dan zou iemand ontvankelijk zijn in een actie, waarin hij vraagt, dat verstaan worde, dat hij geen eigenaar is, nadat hij verstaan was wel eigenaar te zijn[4]).

---

[1]) Vgl. hierover Schmidt, Klagänderung p. 186 & f., die zeer terecht zegt: „Deshalb ist der Umstand dass C. P. O. § 230 ebenfalls den Anspruch nach Grund und Gegenstand bestimmt haben will, kein Beweis dafür, dass das Gesetz der erstgenannten Auffassung folgt = Substanzienung-theorie." vgl. ook dezelfde pag. 220.

[2]) Zie daarover beneden pag. 103.

[3]) Uit andere bepalingen blijkt, dat voor de gevallen, waarvoor dit artikel wel moet gelden aan een Substanzierungstheorie gedacht is. Zie beneden p. 107.

[4]) Zou de exceptio rei judicatae ontvankelijk zijn, wanneer, nadat de voormalige eischer verstaan is eigenaar te zijn, de voormalige gedaagde beweert zelf eigenaar te zijn? Zeker niet volgens de wet, daar het gevorderde declaratoir niet identiek is; het is toch niet hetzelfde of verstaan wordt, dat A. eigenaar is dan wel of B. eigenaar is. En dat het op het gevorderde declaratoir aankomt en

Dergelijke overwegingen leidden FAURE [1]) en OPZOOMER [2]) er toe, aan te nemen, dat beide vereischten eadem res en eadem causa zich in één oplossen, n.l. dat alleen „eadem quaestio" vereischt is, m. a. w. dat het, om het gezag van gewijsde te kunnen inroepen voldoende is, dat aan den rechter dezelfde rechtsvraag [3]) onderworpen wordt. Zij motiveeren deze substitutie met een beroep op de historie, speciaal op lex. 3 D. de exc. r. j. 49. 2 [4]), welke begint met te zeggen, dat „eadem quaestio" noodzakelijk is. Doch dan volgt verder, dat daarvoor noodig is, dat eadem res gevorderd wordt op eadem causa. Dit maakt een beroep op deze plaats zonder waarde, daar het toch duidelijk is, dat — aangenomen, dat de woorden „eadem res et causa" en „eadem quaestio" elkaar niet dekken — die nadere vereischten er niet voor niets staan en dat die dus voor het Romeinsche Recht de werkelijke bepaling inhouden. — Niet alleen echter ontbreekt dus elk argument ten voordeele dezer substitutie, maar ook bestaan er afdoende redenen om haar niet toe te laten [5]). Het criterium gaat niet ver genoeg. Sommige gevallen, waarin, volgens de algemeene opinie, een beroep op het gezag van gewijsde geoorloofd is, kan het niet verklaren. Of is soms dezelfde rechtsvraag behandeld, wanneer, nadat iemands eisch, dat verstaan worde, dat een praestatie verschuldigd is, zonder tegenspraak is

---

niet op de materiëele zaak, is thans niet meer aan twijfel onderhevig. Vgl. hierover VON SAVIGNY VI S. 322 ff. KELLER S. Litisc. und Urtheil 224. UNGER II S. 639. FITTING Z. f. C. P. R. bd 2 S. 278. Motive zum Entwurf de C. P. O. § 283, BINNERTS pag. 160.

[1]) dl. II, pag. 227.

[2]) Ad art. 1954.

[3]) De Staatscommissie van 1901 Mem. v. Toelichting p. 208, vertaalt eadem quaestio door „dezelfde rechtsbetrekking". Naar mijn bescheiden meening is dit minder juist Wanneer eerst over de nietigheid en later over de geldigheid (nakoming) eener verbindtenis geprocedeerd wordt, is de strijd over dezelfde rechtsbetrekking. Toch zal wel niemand meenen, dat bij afwijzing van den eersten eisch, de tweede niet ontvankelijk is.

[4]) Lex 3: Exceptio rei judicatae obstat, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur; lex 12, 13, 14 pr. D. h. t. quum quaeritur haec exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum; vgl. BINNERTS, pag. 151.

[5]) Ook niet in jure constituendo.

toegewezen, later beweerd wordt, dat die overeenkomst nietig was?

Over die laatste rechtsvraag is niet gesproken; slechts door een fictie kan men haar dezelfde achten, als de eerste. En dan verliest men elken vasten grondslag [1]).

Resumeerend kunnen wij dus zeggen, dat art. 1954 Burg. Wetboek noch de eene noch de andere theorie uitsluit; dat bovendien identiteit van gevorderde zaak en van oorzaak niet noodzakelijk is [2]); en dat evenmin noodzakelijk is identiteit van rechtsvraag.

Wij moeten dus langs anderen weg de oplossing van ons vraagstuk trachten te vinden.

Daarbij moeten wij beginnen de vonnissen naar hunnen inhoud te onderscheiden. Tusschen toewijzende en afwijzende vonnissen bestaat een groot verschil, dat door vele nieuwere schrijvers, zij het ook in ander verband [3]), erkend wordt. Bij een toewijzend vonnis zegt de rechter, dat aan alle voorwaarden voldaan is om den eisch toe te wijzen, terwijl hij een afwijzend vonnis moet vellen, wanneer één der voorwaarden, hoe ondergeschikt ook, ontbreekt. Men kan dus veel eerder aannemen, dat een toewijzing een erkenning der rechtsverhouding inhoudt, dan dat elke afwijzing een ontkenning bevat. Wanneer bijv. iemand verstaan is eigenaar te zijn, kan men veeleer aannemen, dat hij dit ook werkelijk is, dan dat men uit de afwijzing van dien eisch kan afleiden, dat hij geen eigenaar is.

---

[1]) Sterk verzet zich Diephuis dl. IX n. 376 tegen deze substitutie, zij het ook op eenigszins afwijkende gronden.

[2]) Vgl. nog over het onnoodige dezer identiteit Mayer, pag. 12, 52, 54; en eveneens Schmidt, die identiteit fingeert in Klagänderung p. 213, maar haar ignoreert in Lehrb. des. C. P. R. Hij zegt: Ansprüche verschiedenen Inhalts sind im juristischen Sinne identisch.
1°. wenn sie sich gegenseitig absolut ausschlieszen.
2°. wenn sie derart in einem Korrespektiv-Verhältnis stehen, dass der eine nur besteht wenn auch der andere besteht.
Eveneens gefingeerd door Baudry-Lacantinerie II No. 1288 en Lacoste No. 256, die meenen dat er indentiteit bestaat: „si le juge est exposé à contredire une décision antérieure".
Ook Binnerts, pag. 144, wijst er op, dat het niet op het in het 1e proces gevorderde aankomt, maar op het in dat proces besliste.

[3]) vgl. K. Mayer p. 43 v. v. en Schollmeyer, Arch. f. C. P. Bd. 76 pag. 439 v. v. naar aanleiding van Teilanspruche. Freudenstein p. 19.

Wij zullen deze zoozeer verschillende vonnissen dus niet op één lijn stellen en de toewijzende en de afwijzende vonnissen derhalve afzonderlijk behandelen.

a. Toewijzende vonnissen.

Wanneer verstaan is, dat de eischer het beweerde recht heeft, dat de rechtsverhouding aldus is, dat eenig punt zus of zoo is, is het duidelijk, dat de eischer niet ontvankelijk verklaard moet worden in een eisch, die hetzelfde beoogt als reeds is vastgesteld, ook al vraagt hij dit op andere gronden[1]. Als iemand erkend is eigenaar te zijn op grond van levering, heeft hij niet het recht dit later nog op grond van erfrecht vol te houden. Eveneens is het zeker, dat hij niet ontvankelijk zou zijn in een bewering, die het tegendeel beoogt, of in strijd zou zijn met het reeds vastgestelde. Na als eigenaar erkend te zijn, heeft men zeker niet het recht te beweren geen eigenaar te zijn.

Van belang is alleen de vraag, of de gedaagde na zoo'n vonnis nog het recht heeft excepties aan te voeren of een condictio indebiti in te stellen.

Oudtijds was de algemeene opinie[2], dat de debiteur onbeperkt alle wijzen van te niet gaan van verbindtenissen alsnog mocht doen gelden, hetzij als exceptie tegen de executie, hetzij als condictio indebiti. „Want" — zoo redeneerde men — „dit is niet het vonnis aanvallen, maar bewijzen, dat het reeds „van te voren is uitgevoerd[3], aangezien de executie niet „alleen door betaling, maar ook door quitantie kan geschieden". In hare algemeenheid komt deze leer hierop neer, dat men in een later geding het recht heeft te trachten met andere bewijzen eenzelfde „rechtserzeugende Thatsache" aannemelijk te maken. Op het onjuiste dezer theorie hebben wij reeds op pag. 85 gewezen.

[1]) Zoo ook, wanneer bij een zgn. negatieve „Feststellungsanspruch" uitgemaakt is, dat de toestand niet bestaat.

[2]) vgl. over dit en het volgende bijv. GARSONNET § 1132, p. 560—562.

[3]) DUPARC POULLAIN t. X p. 961 en RODIER p. 577. Vgl. Tribunal de Commerce de Saint-Etienne 14 Mars 1867. D. P. 70. 119, dat iemand veroordeelde tot betaling van fr. 900 „en deniers ou en quittances valables", geciteerd bij GARSONNET § 1131.

Doch bovendien is de leer, dat men bewijzen mag, dat de verbindtenis is uitgevoerd in strijd met die van het declaratoir vonnis. Men heeft immers erkenning gevraagd van het bestaan eener verbindtenis, niet van het ontstaan. Erkend is dan, dat de verbindtenis bestaat; dat is dus, wat onbetwistbaar wordt.

Men [1]) heeft tegen onze opinie aangevoerd, dat art. 1395 van het Burg. Wetboek haar niet toelaat. Genoemd artikel bepaalt, dat een onverschuldigde betaling terug gevorderd mag worden; men redeneert dan aldus: wordt een quitantie gevonden, dan blijkt, dat de betaling onverschuldigd was; men mag haar dus terugvorderen [2]).

Deze redeneering is m.i. niet juist. Immers: 1°. is de betaling niet onverschuldigd geweest, daar door de veroordeeling een verplichting tot betaling is ontstaan. En 2°. zelfs, als zij onverschuldigd was, zou dit artikel niets bewijzen, daar eerst aangetoond moet worden, dat het den eischer vrij staat het onverschuldigd zijn alsnog in rechte te beweren. En het gezag van gewijsde brengt immers juist mede, dat de gedaagde niet meer in rechte gehoord wordt met zijne bewering, dat de verplichting niet bestond.

Deze leer is thans dan ook vrijwel algemeen verlaten; nochtans meende ik haar met nadruk te moeten weerleggen, omdat zij op het eerste gezicht zooveel aanlokkelijks heeft.

---

[1]) Zie LAND, ad art. 1395.

[2]) Iets anders is natuurlijk, of iemand, die na een vrijsprekend vonnis toch betaalde, nog een condictio indebiti mag instellen. Wij gaan natuurlijk van de veronderstelling uit, dat bij de betaling geen nadere overeenkomst is getroffen. Deze schijnt door GARSONNET § 1126 No. 2 verondersteld te zijn; die zegt, qu'il peut volontairement payer, en verder: (l'autorité de la chose jugée) qu'on peut renoncer de s'en prévaloir.

Zij die haar toelaten, steunen zich wel ten onrechte op het te niet gaan van het materieele recht, zie p. 26 Hoofdst. II.

Degenen, o.a. POTHIER No. 196, AUBRY & RAU VIII 401, die deze condictio uitsluiten, gaan van het denkbeeld uit dat een naturalis obligatio was blijven bestaan. In de eerste plaats moet men dan veronderstellen, dat er werkelijk een obligatie heeft bestaan; en daarover mag krachtens het gezag van gewijsde nooit of te nimmer meer gesproken worden. In rechte is en blijft het onbetwistbaar, dat er geen verbintenis bestond. Daarom is de condictio indebiti ongeoorloofd. vgl. HELLWIG. Subj. Grenzen p. 13, Noot 38.

Anderen kennen den veroordeelden gedaagde een meer beperkt recht toe. Enkele Fransche auteurs [1]) hebben beweerd, dat de debiteur alleen de betaling mag bewijzen, wanneer hij in het eerste geding alleen een novatie, kwijtschelding of compensatie heeft doen gelden, maar dat hem niet vrijstaat eene „pièce libératoire" voor te brengen, wanneer hij te vergeefs betaling heeft beweerd. Deze meening wordt verdedigd met de opmerking, dat de „causes" niet dezelfde zijn, dat bijv. novatie niet dezelfde oorzaak van te niet gaan is als betaling. En dan vervolgt LACOSTE [2]): wanneer men geene nieuwe cause van bevrijding mag aanvoeren, kan men evenmin later eene „cause de résolution ou de révocation" aanvoeren. Met andere woorden: daaruit zou volgen, dat men, na over een verbindtenis geprocedeerd te hebben, geen recht meer heeft later een ontbindende voorwaarde te doen gelden. Eveneens zou een noodzakelijk gevolg zijn, dat men een schenking, nadat daarover een vonnis is geveld, niet meer zou mogen herroepen.

Tegen een en ander is heel wat aan te voeren. In de eerste plaats, wat betreft het niet identiek zijn der „causes". Moet dat soms? Wel wordt in art. 1954 Burg. Wetboek gesproken van identiteit van oorzaken van den eisch, maar volstrekt niet van oorzaken van de excepties [3]). Wij moeten echter erkennen, dat als uit onze leer een en ander volgde, zij volstrekt veroordeeld zou zijn: zoo iets zou immers onaannemelijk zijn. Maar het volgt er allerminst uit. LACOSTE ziet nl. over het hoofd, dat het geheel iets anders is een rechtswijziging te doen plaats hebben, dan zich op eene reeds plaats gehad hebbende rechtswijziging te beroepen. Zoolang de „résolution" of „révocation" niet heeft plaats gehad, bestaat de verbindtenis volkomen; en de rechter moet het gevraagde declaratoir afgeven en eventueel de veroordeeling uitspreken. Het vonnis maakt wel onbetwistbaar, dat de verhouding

---

[1]) LACOSTE no. 413, AUBRY et RAU, VIII, p. 402 § 769, LAURENS XX, no. 154, GARSONNET l. c.

[2]) l. c. n°. 409.

[3]) Bovendien zagen wij reeds, dat dit artikel als algemeene regel geen waarde heeft, p. 90.

aldus is, maar het kan die verhouding niet onveranderbaar maken. Allerlei gebeurtenissen, dus ook herroepingen en ontbindende voorwaarden, kunnen de verbindtenis te niet doen gaan.

En „last not least": LACOSTE's opvatting kan in elk geval in ons recht niet gelden. Zij is naar het mij voorkomt in lijnrechten strijd met art. 141 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering [1]. Genoemd artikel bepaalt immers, dat alle excepties en het antwoord ten principale tegelijk voorgedragen moeten worden. De bedoeling van deze bepaling is klaarblijkelijk bespoediging van processen. Zou nu niet juist het omgekeerde bereikt worden, wanneer men den gedaagde het recht gaf zijne excepties één voor één, elk in een afzonderlijk proces, aan te voeren? Zoo iets lijkt mij geheel onaannemelijk.

Behalve de reeds vermelde, treft men in de litteratuur nog twee opvattingen aan. De eerste is, dat de veroordeelde gedaagde nooit meer bevoegd is zijne bevrijding te beweren; de tweede, dat de veroordeelde gedaagde alleen dàn niet meer gerechtigd is zijne bevrijding vol te houden, wanneer het debat geloopen heeft over het tegenwoordig bestaan der schuld, maar wel wanneer alleen is uitgemaakt, dat de schuld is ontstaan. Wanneer men er geen bezwaar in ziet, dat aan den rechter een declaratoir gevraagd wordt over het ontstaan van een verbintenis, dan kan men de tweede opinie als een onschuldige aanvulling van de eerste beschouwen [2].

Als algemeenen regel mogen wij dus opstellen: het toewijzend vonnis maakt onbetwistbaar, dat de rechtsverhouding bestaat of niet bestaat [3] zonder te letten op de aangevoerde gronden [4].

---

[1] Dit artikel ontbreekt, zooals bekend is, in het Fransche Recht en is bij ons pas in 1896 ingevoegd.

[2] Het spreekt van zelf, dat een dergelijk declaratoir nooit door een veroordeeling gevolgd kan worden; dat wanneer deze niet gevraagd en toch gegeven is, er termen bestaan voor request-civiel. Is de veroordeeling wel gevraagd, dan behoort zij niet ontvankelijk verklaard te worden; en is dit niet gebeurd, dan zal men moeten aannemen, dat het bestaan der verbintenis is vastgesteld.

[3] „Of niet bestaat" dit in geval het petitum was, dat de rechter zou verstaan, dat de rechtsverhouding niet bestond: de zoogenaamde negatieve Feststellungsklage, zie o. a. SCHMIDT, Lehrb. p. 536.

[4] Onder toewijzende vonnissen behooren ook die, waarin het gevraagde declaratoir is afgegeven, al wordt de veroordeeling gewei-

b. Niet-toewijzende „Sachurteile".

Wij doen wel, ter beantwoording der vraag, wat door deze vonnissen onbetwistbaar wordt, deze in twee groepen te splitsen. Onder deze toch behooren zoowel die vonnissen, waarbij de eisch ontzegd is, omdat het te niet gaan der rechtsverhouding is aangetoond, als ook diegene, welke den eisch, wegens gebrek aan bewijs van het gestelde, afwijzen. Dat in het eene geval door den rechter iets gansch anders beslist wordt dan in het andere, is duidelijk. Welnu, dan moet ook elk dezer groepen afzonderlijk behandeld worden [1]).

α. In de eerste plaats vragen die gevallen dus onze aandacht, waarin door den gedaagde het te niet gaan der rechtsverhouding is aangetoond en die, waarin gebleken is, dat de rechtsverhouding anders is dan de eischer haar stelde.

In een proces begint de eischer de erkenning eener rechtsverhouding te vragen. Daartegenover kan de gedaagde allerlei daadzaken aanvoeren [2]), o. a.:

dat de rechtsverhouding geheel of gedeeltelijk te niet is gegaan;

dat aan haar ontstaan een gebrek kleeft, m. a. w. dat er een reden tot nietigheid bestaat:

dat haar ontstaan eenigszins anders was, dan de eischer stelde, bijv., dat zij niet als een zuivere verhouding is ontstaan, doch onder tijdsbepaling of voorwaarde.

In al deze gevallen wordt, wanneer de gedaagde zijne beweringen aantoont, door den rechter werkelijk beslist, dat

---

gerd. Wanneer tegenover een eigendomsactie, het bestaan van vruchtgebruik komt, retentie of huur is aangetoond, dan belet dit, niet dat het gevraagde declaratoir over den eigendom wordt afgegeven. Nochtans zal de veroordeeling geweigerd worden; meestal echter wordt de eisch niet ontvankelijk verklaard. vgl. ook Schmidt, Lehrb. 897.

[1]) Aan het niet uit elkaar houden der verschillende soorten Sachurteile ligt het, naar mijne overtuiging, dat op dit punt nog zoo veel verdeeldheid heerscht.

[2]) Natuurlijk ook andere beschouwingen omtrent het objectieve recht; het heeft echter geen belang, of hij dit al of niet doet, daar het niet ter zake dienende is, wat de partijen omtrent het objectieve recht aanvoeren. Zie pag. 87.

de rechtsverhouding geheel of gedeeltelijk te niet is gegaan, dat zij nietig is, dat zij onder voorwaarde bestaat enz. enz. Deze beslissing heeft zeker gezag van gewijsde, daar het niet denkbaar zou zijn, dat door zoo'n vonnis niets meer en uitsluitend onbetwistbaar zou worden, dat de rechtsverhouding niet op de aangevoerde gronden bestaat. Want dan zou bijv. een eischer, nadat er aangetoond is, dat zijn recht — bijv. zijn eigendom — verloren of te niet is gegaan, nog ontvankelijk zijn in zijn bewering, dat hij op dat oogenblik wel eigenaar was, mits hij slechts andere gronden aanvoerde. Zoo iets zou absurd zijn. Maar aan den anderen kant belet het gezag van gewijsde natuurlijk niet, dat men in een volgend proces beweren mag, dat men sedert bedoeld recht wederom verkregen heeft [1]).

Nog sterker misschien komt het noodzakelijke onzer opvatting uit, wanneer een vordering gedeeltelijk is toegewezen, gedeeltelijk, omdat het tenietgaan van het andere deel is aangetoond, is afgewezen. Wanneer de eischer bijv. *f* 1000 van den gedaagde heeft gevorderd en slechts *f* 900 is toegewezen, omdat de andere *f* 100 betaald bleken te zijn, dan wordt het, krachtens het over de toewijzende vonnissen gezegde, zeker onbetwistbaar, dat de eischer f 900 van den gedaagde te vorderen heeft. Maar het is geheel ondenkbaar en onaannemelijk, dat niet tevens vast zou staan, dat die andere *f* 100 betaald zijn. Ook dit is dus onbetwistbaar geworden [2]).

Hetzelfde behoort te gelden, wanneer de nietigheid is aangetoond. Wij denken hier alleen aan die gevallen, waarin de nietigheid gedeclareerd wordt, niet aan die, waarin de

---

[1]) Bijv. nadat het gebleken is, dat de eischer zijn eigendomsrecht aan gedaagde overdroeg, mag de eerste dus nog volhouden, dat na het eerste proces de gedaagde hem wederom de eigendom overdroeg, of deze van gedaagde op hem overging.

[2]) Hieruit volgt dus onmiddelijk, dat men nadat de afwijzing van het geheel heeft plaats gehad, omdat het niet bestaan of het te niet gaan van het recht of de plicht is aangetoond, niet gerechtigd is alsnog te beweren recht te hebben op een deel: immers, indien men recht had op een deel dan zou het vonnis gedeeltelijk toewijzend geweest zijn.

bestaande rechtsverhouding vernietigd of opgeheven wordt [1]). Dit laatste immers behoort onder de vonnissen, die de materieele rechtsverhouding wijzigen en valt dus buiten ons onderwerp. Doch is de nietigheid aangetoond, dan wordt in rechte onbetwistbaar, dat de rechtsverhouding nietig is [2]).

Niets anders moet m.i. aangenomen worden, wanneer een declaratoir is gevorderd over een rechtsverhouding en aangetoond is, dat zij wel bestaat, maar dat aan haar een tijdsbepaling of een voorwaarde is vastgeknoopt. Gewoonlijk echter neemt men aan, dat de eisch niet ontvankelijk verklaard moet worden en dat men later nog eens met denzelfden eisch terug mag komen [3]). Toch kan ik mij niet met deze algemeene opinie vereenigen en waag, het volgende in het midden te brengen. Van niet-ontvankelijk kan men, naar het mij voorkomt, alleen dan spreken, wanneer de rechter zich niet met den eisch zelven bezig houdt, wanneer hij de rechtsverhouding, den Anspruch in materieelen zin, niet beoordeelde. Alleen dan is er reden den eisch niet te „ontvangen", wanneer aan de processuëele voorwaarden, die verwezenlijkt moeten zijn, alvorens de rechter zich met de zaak zelve kan inlaten, niet voldaan is [4]). Hiervan is geen sprake bij een als zuiver gestelde verbindtenis, waarvan blijkt, dat zij onder voorwaarde of tijdsbepaling bestaat. Eerst door onderzoek der rechtsverhouding zelve kan dit aan het licht komen.

In dat geval kan de rechter evengoed een declaratoir [5])

---

[1]) Bij de zoogenaamde „negative Feststellungsklage" moet men dien overeenkomstig aannemen, dat ook het „bestaan" onbetwistbaar wordt, wanneer dit bewezen is. (Niet natuurlijk, wanneer het bestaan niet bewezen is, zooals meestal het geval is bij de acties tot inroeping van nietigheid).

[2]) Natuurlijk alleen als de nietigheid van die verhouding, van dat recht is aangetoond, waarover het declaratoir is gevorderd. De nietigheid van iets, wat een „grond" zou vormen, heeft zooals van zelf spreekt, evenmin gezag van gewijsde als de uitspraak, dat die „grond" wel aanwezig is.

[3]) Aldus voor zoover mij bekend alle schrijvers, die er zich over uitlaten, bijv. FAURE III, p. 125.

[4]) Zie pag. 119.

[5]) Naar het schijnt is de m.i. onjuiste opvatting te wijten aan het feit, dat men tot voor kort geen helder begrip had van een sententia declaratoria en van het declaratoir in een vonnis, aan verwarring van het declaratoir met de veroordeeling.

over die verhouding afgeven, als in die van het te niet gaan van nietigheid, bovenvermeld. In zijn verzoek om veroordeeling, kan de eischer echter dan voorloopig niet ontvankelijk zijn; dit moet geweigerd worden [1]. Wanneer dan later de termijn verloopen, of de voorwaarde vervuld is, kan de vroegere eischer zonder nader een declaratoir te vragen een verzoek doen tot veroordeeling [2].

Naar mijne overtuiging kunnen wij dus als regel stellen: door de op pag. 97 bedoelde vonnissen wordt onbetwistbaar, dat de verhouding, waarover het declaratoir is gevraagd, niet meer bestaat, niet bestaan heeft of eenigszins anders is dan de eischer haar stelde — wanneer nl. een en ander door gedaagde is aangetoond.

Deze regel moet m. i. toegepast worden op een door den Hoogen Raad behandelde quaestie, 26 Januari 1900. Weekbl. 7397. Het geval dat zich voordeed was aldus: de eischer had ontbinding eener overeenkomst gevraagd wegens wanpraestatie van gedaagde; deze zou het verschuldigde niet hebben betaald.

Deze eisch was afgewezen, aangezien gedaagde gerechtigd bleek te zijn op de betaling een bedrag te korten, als boete door den eischer, wegens te late levering, verbeurd. In een tweede proces vraagt de eischer thans nakoming derzelfde overeenkomst.

De Hooge Raad is van oordeel, dat al zijn beide vorderingen

---

[1] Een dergelijk vonnis zou men misschien met evenveel recht onder de toewijzende vonnissen kunnen rangschikken. Omdat het echter gewoonlijk niet daaronder gerangschikt wordt en toch in elk geval de veroordeeling geweigerd wordt, en vooral met het oog op het verband met de zooeven genoemde vonnissen behandelen wij het hier.

[2] Hieronder behoort het bij SCHMIDT Klagänderung pag. 213 Anm. 2) geciteerde geval. A eischt van B teruggave eener hem geleende zaak. B. antwoordt, dat hij die (krachtens contract) nog niet behoeft terug te geven. A erkent dit. Vastgesteld wordt nu, dat A het recht heeft op die praestatie *onder tijdsbepaling*.

Eveneens het geval, dat de verbindtenis gesteld is en de novatie bewezen wordt, ibidem p. 226. Langs anderen weg komt SCHMIDT tot de overtuiging, dat de exceptio rei judicatae ontvankelijk is; hij, omdat ook al is die novatie niet aangevoerd, zij toch als beoordeeld moet gelden, omdat zij zonder „Klagänderung aangevoerd had kunnen worden, wij echter omdat aangetoond is, dat de rechtsverhouding bestaat, zij het ook eenigszins anders dan eischer gesteld heeft.

verschillend, in wezen de zaak, welke gevorderd wordt[1]), dezelfde is: voldoening aan de tusschen partijen bestaande overeenkomst; en dat de eisch berust op dezelfde oorzaak; de niet-nakoming der overeenkomst.

De leer van ons hoogste Rechterlijk College is, naar mijn bescheiden meening, niet juist, daar zij tot gevolgtrekkingen leidt, die onmogelijk aanvaard kunnen worden. Wanneer immers werkelijk de acties tot ontbinding eener overeenkomst en tot nakoming in wezen dezelfde waren, zou hieruit voortvloeien, dat men nooit of te nimmer na een actie tot ontbinding eener overeenkomst, een actie tot nakoming zou kunnen instellen, dus ook niet dan, wanneer er aangetoond is (in het eerste proces), dat het niet praesteeren niet als wanpraestatie kon gelden. Of, om een voorbeeld te geven: iemand op zich genomen heeft een huis te bouwen volgens teekening. Na eenigen tijd, vóór de voltooiïng, meent degeen, voor wien het gebouwd wordt, dat de bouw niet volgens teekening gaat en eischt ontbinding. De rechter beslist, dat de teekeningen wel gevolgd zijn, en wijst de actie af. Niemand zal toch in dit geval willen ontkennen, dat de actie tot nakoming niet meer ontvankelijk zou zijn.

Het is dan ook niets anders dan een fictie de gevorderde zaken identiek te achten. Bovendien is de opvatting omtrent de oorzaak niet juist; wanpraestatie is niet de oorzaak bij een actie tot nakoming.

Deze actie is immers, ook als er geen wanpraestatie heeft plaats gehad, ontvankelijk. En aangezien een actie niet zonder oorzaak kan zijn, volgt hieruit het onhoudbare der bewering, dat in dat geval wanpraestatie de oorzaak zou zijn[2]).

M. i. staat het aldus met dit geval. Er wordt ontbinding gevraagd, wat een verzoek is tot rechtswijziging[3]). Het gevraagde declaratoir is, dat er een reden bestaat tot wijziging

---

[1]) De conclusie van den procureur-generaal Polis wijkt op eenige ondergeschikte punten van het arrest af.

[2]) Vgl. over het werkelijk begrip van oorzaak, beneden p. 104.

[3]) Het is mij onmogelijk in een ontbinding eener overeenkomst iets anders te zien, dan een opzettelijke wijziging der bestaande materieele verhouding; hierin een constateering eener bestaande nietigheid te zien, lijkt mij onjuist.

van de materieele rechtsverhouding. Alleen de uitspraak daarover kan gezag van gewijsde hebben[1]).

Wanneer die reden tot wijziging, de wanpraestatie, verstaan wordt aanwezig te zijn, worden feitelijk twee dingen geconstateerd: 1°. dat deze en die verplichting bestaat, 2°. dat aan die verplichting niet tijdig of niet behoorlijk voldaan is.

In het geval, dat ons op het oogenblik bezig houdt, is wat die eerste factor aangaat op te merken, dat haar ontstaan erkend is; doch dat verder is aangetoond, dat die verplichting door compensatie[2]) te niet is gegaan. Op grond van den gestelden regel wordt dus door dat vonnis onbetwistbaar, dat de verplichting te niet is gegaan. Komt nu later de eischer met een actie tot nakoming der verbindtenis, dan stuit hij op het vaststaan van het te niet gaan der verplichting.

Daarom zal eene tweede actie — een actie tot nakoming der verbindtenis — met een beroep op het gezag van gewijsde van het eerste vonnis niet ontvankelijk verklaard moeten worden.

Wij komen dus, maar langs anderen weg, tot hetzelfde resultaat als de Hooge Raad.

β. Als tweede groep niet toewijzende „Sachurteile" leerden wij op pag. 97 de vonnissen kennen, waarbij de eisch als niet bewezen is ontzegd. Strikt genomen is dan niets meer uitgemaakt, dan dat de eisch niet bewezen is. Maar zeker is aan den anderen kant, dat men desniettegenstaande niet bevoegd is dezelfde feiten of gronden met andere bewijsmiddelen aan te toonen. Ook hier hebben wij dus slechts het reeds vroeger gestelde alternatief:

óf er wordt alleen onbetwistbaar, dat het recht niet op de aangevoerde gronden bestaat;

---

[1]) Over de verhouding van rechtswijziging en gezag van gewijsde, zie Hoofdst. I, p. 15.

[2]) De zaak ligt natuurlijk niet anders, indien men van oordeel is, dat het kortingsrecht van den gedaagde niet het karakter van compensatie kan dragen. Of men dit recht opvat als een voorwaarde voor het gedeeltelijk te niet gaan zijner verplichting, of wel als een recht om door éénzijdige wilsuiting zijn verplichting in een bepaald geval te verminderen, doet alles niets ter zake.

òf er wordt uitgemaakt, dat het recht in het geheel niet bestaat;
of met andere woorden: huldigt de wetgever [1]) hier de „Substanzierungstheorie" dan wel de „Individualisierungstheorie"? [2])

De eerste opvatting is naar mijne meening die van onze wet. Dit volgt m. i. uit art. 1954 Burg. Wetboek.

Om dit artikel te kunnen en mogen aanvoeren, moeten wij drieërlei bewijzen:

1°. dat dit artikel hier toepasselijk is;

2°. dat genoemd artikel spreekt van de aangevoerde gronden, en

3°. dat daarin bepaald wordt, dat die gronden dienen ter „Substanzierung" van het dictum en niet slechts ter „Individualisierung".

Ad primum. Het artikel bepaalt o. a., dat voor het inroepen van het gezag van gewijsde noodig is, dat de gevorderde zaak [3]) dezelfde zij, en dat de eisch op dezelfde oorzaak beruste. Wij trachtten op pag.... aan te toonen, dat van toepassing van dit artikel geen sprake kan zijn bij toewijzende vonnissen en bij diegenen, die den eisch afwijzen, omdat het recht te niet is gegaan, enz. Evenmin kan dit artikel gelden voor de niet-Sachurteile, (vonnissen die de niet-ontvankelijkheid van den eisch of de onbevoegdheid van den rechter uitspreken), zooals wij later nog duidelijk zullen zien. Het is dus onmogelijk het als algemeenen regel te beschouwen. Dit belet echter geenszins, dat het voor een andere bepaalde groep van vonnissen toepasselijk kan zijn; en dat het in die gevallen toegepast moet worden, waaraan men bij het opstellen dezer bepaling klaarblijkelijk gedacht heeft en waarvoor het steeds is toegepast. Dit is met de groep van vonnissen,

[1]) Zeer terecht wijst SCHMIDT in zijn Lehrbuch des Civilprozessrechts § 97 p. 536, er op, dat dit een vraag is van positieve wetgeving en dat de oudere auteurs haar te veel in abstracto stellen.

[2]) Zie p. 82.

[3]) Dat hiermede het gevorderde declaratoir bedoeld is, kan thans wel als vaststaande aangenomen worden.
Zie pag. 90 noot 4.

waarmede wij ons thans onledig houden, het geval. Men lette slechts op de gewone voorbeelden: iemand heeft te vergeefs getracht zijn eigendom te bewijzen, gesteund op grond van koop. Mag hij dit recht nu nog later op grond van schenking of van erfrecht volhouden? Een praestatie eener zaak is gevorderd op grond van bruikleen en de eisch is als niet bewezen, ontzegd; mag zij nu nog op grond van huur geëischt worden? Zoo kan men in de litteratuur tallooze voorbeelden vinden [1]). De historische lijn eischt dus, te erkennen, dat dit artikel speciaal op dié gevallen betrekking heeft, waarin de eisch, als niet bewezen, is ontzegd.

Ad secundum. Spreekt dit artikel werkelijk van de „aangevoerde gronden"? Over de beteekenis der woorden „dat de eisch op dezelfde oorzaak beruste", is veel getwist en worden zeer verschillende opvattingen gehuldigd.

Het is hier de plaats, deze opvattingen nog eens kortelijks na te gaan. Wij zullen dit doen, niettegenstaande het zeer en zeer vele, dat reeds hier overgeschreven is. En wel daarom, omdat naar het ons voorkomt nog niet alle argumenten aangevoerd zijn, die ten gunste der thans bestaande vrijwel algemeene opinie aangevoerd kunnen worden.

Sommige schrijvers [2]) hebben getracht uit de leer der overeenkomsten te bewijzen, wat de oorzaak van den eisch is. In de eerste plaats zou dit al heel lastig zijn, daar er haast geen onderwerp in de leer der overeenkomsten bestaat, dat meer betwist is dan juist de oorzaak [3]). Maar bovendien gaat deze poging tot verklaring in de verkeerde richting. Wij wezen er reeds met nadruk op, dat het gezag van gewijsde

---

[1]) Voorbeelden hiervan zij te vinden bijv. bij POTHIER n. 46. Nergens echter bekommert men zich om dit artikel, wanneer, nadat de eigendom erkend is, op andere gronden nogmaals de eigendom gevraagd is. Algemeen is men van oordeel, dat die tweede eisch niet ontvankelijk is.

[2]) BINNERTS p. 186.

[3]) Vgl. hierover bijv. ASSER en VAN HEUSDE dl. III, p. 244—249 en de vele aldaar geciteerde schrijvers; en de Handelingen der Ned. Juristenvereeniging 1889 (I, blz. 20 en 129 en II blz. 7—92.

niet met overeenkomsten vergeleken mag worden[1] [2]. Wij moeten dus zonder ons met het materieele recht bezig te houden, onderzoeken, wat de oorzaak van den eisch is.

VON SAVIGNY[3]) meent, dat de causa proxima, dat is de eigenlijke oorzaak, gelegen is in de rechtsschennis. Deze leer brengt eenerzijds mede, dat de eigendomsactie na afwijzing steeds ontvankelijk zou zijn, wanneer slechts een nieuw feit van rechtsschennis is aangevoerd. Anderzijds, dat zonder rechtsschennis geen actie ontvankelijk zou zijn. Het eene zoowel als het andere is beslist onjuist. Een voorbeeld van het eerste gevolg overtuigt ons hiervan terstond.

Stellen wij, dat iemand beweert eigenaar van een stuk grond te zijn en zich daarbij beroept op koop; dat hij de eigendomsactie instelt, omdat een ander op dien grond wil bouwen. Nemen wij verder aan, dat de actie, omdat de eigendom niet bewezen, ontzegd is.

Zou nu de eischer de bevoegdheid hebben nogmaals zijn eigendom te beweren, wanneer de voormalige gedaagde op dien grond wil planten? Dit zal wel niemand willen volhouden.

En wat nu het tweede gevolg aangaat: algemeen is aangenomen, dat men een praestatie kan vorderen, zonder dat de gedaagde in eenig opzicht het recht van den eischer geschonden heeft. Men is het er thans vrijwel over eens[4]), dat voor de ontvankelijkheid eener actie alleen noodig is, dat de eischer er belang bij heeft. Wij zien dus, dat de rechtsschennis niet noodzakelijk is, en aangezien een actie niet zonder causa

---

[1]) Over de neiging alles met overeenkomsten te vergelijken: zie TARDE, Transformations du Droit. p. 120. Zie pag. 26.

[2]) Het wil mij dan ook voorkomen dat BINNERTS ten deze niet gelukkig is geweest en een eenigszins gewrongen redeneering noodig heeft om tot een eenigszins passend resultaat te komen. Op p. 186 schrijft hij: „...de oorzaak van deze overeenkomst (koop) is, dat ik „den eigendom van die zaak wil verwerven. Dit toepassende op het „onderwerp, dat thans bezig houdt, noemen wij de oorzaak van eene „vordering, het juridische feit, dat den directen en „onmiddelijken grond vormt van het recht dat „door een der partijen geldig gemaakt wordt, le „principe generateur du droit reclamé".

[3]) Bd VI, p. 457.

[4]) Vgl. bijv. FAURE I pag. 270, ook PARSER, Het declarator Vonnis, Ac. Proefschrift 1903 p. 207.

kan zijn, kan de rechtsschennis niet de oorzaak der actie zijn.

Is dan misschien het belang van den eischer de oorzaak der actie?[1]) Dit is evenmin denkbaar; daar alsdan elk nieuw aangevoerd „belang" voldoende zou zijn om een beroep op het gezag van gewijsde te verijdelen. Nam men het aan, dan zou het bijv. veroorloofd zijn een afgewezen actie tot inroeping van staat telkens op nieuw in te stellen, wanneer de eischer daarbij een nieuw belang heeft; dus bijv. bij elke opengevallen erfenis opnieuw. Hieruit volgt genoegzaam, dat het „belang" niet de oorzaak kan zijn. Het is dan ook niet anders dan een voorwaarde voor het inroepen van den rechtshulp; wanneer deze niet verwezenlijkt is, laat de rechter zich niet met de zaak zelve in.

Maar wat dan wel onder de oorzaak van den eisch moet verstaan worden, is naar het mij voorkomt uit artikel 427 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering op te maken. Dit artikel geeft als reden van cassatie het bestaan van tegenstrijdige vonnissen, gewezen in hoogste ressort tusschen dezelfde partijen en op dezelfde gronden door partijen aangevoerd. Het is duidelijk, dat dit artikel niets anders bedoelt dan een recht tot cassatie te verleenen, wanneer er ten onrechte geen gebruik is gemaakt van de exceptie van gewijsde zaak. Het artikel correspondeert dus met art. 1954 B.W. en dan zijn „oorzaak" in het eenè en „aangevoerde gronden" in het andere synoniem[2]). En wat met beiden bedoeld wordt, is wat in art. 5 Wetb. v. Burg. Rechtsv. „middelen" genoemd wordt, d. z. de feiten, die het recht doen ontstaan, de zoogenaamde „rechtserzeugende Thatsachen."

Ad tertium. Dienen de gronden tot „Substanzierung" of tot „Individualisierung" van hetgeen beoordeeld is?

In de oudere litteratuur gaf men zich geen rekenschap van deze vraag, althans men stelde en beantwoordde haar niet algemeen. Gewoonlijk kwam men bij overeenkomsten tot

[1]) Voor zoover mij bekend heeft nog niemand dit beweerd; maar daar men in een concreet geval er licht toe zou kunnen komen het aan te nemen, bespreek ik het hier.

[2]) Tot nog toe verzuimde men, voor zoover mij bekend, op dit verband te wijzen.

het resultaat, dat uit gronden de individualiteit der overeenkomst opgemaakt moest worden [1]). Bij zakelijke rechten en eigendom daarentegen is men vrijwel algemeen van oordeel, dat een actie ontvankelijk is, wanneer men zijn recht op eenen anderen grond doet steunen [2]). Voor acties tot constateering van bestaande nietigheid wordt meestal de vraag nogmaals afzonderlijk onderzocht en komt men soms tot nog weer andere resultaten.

De andere acties worden gewoonlijk met stilzwijgen voorbij gegaan; van acties tot erkenning van erfpacht, inroeping van staat, tot opheffing van een bestaande toestand [3]) bijv. wordt niet gesproken.

Het is onaannemelijk voor sommige acties de eene, voor de overige eene andere theorie te voegen. Voor allen — behoudens de door de wet gemaakte uitzonderingen — moet men òf de „Individualisierungstheorie" òf „de Substanzierungstheorie" volgen. Wij moeten dus een keuze doen. En die kan m.i. niet twijfelachtig zijn; de Substanzierungstheorie moet in de eerste plaats op grond der historie aangenomen worden.

De leer, die bij het maken van den Code gold, en die dit artikel geïnspireerd heeft, was, dat men den eigendom achtereenvolgens op verschillende gronden mocht vorderen [4]). Hieruit volgt, dat men meende, dat niets meer vaststond, dan dat

---

[1]) Aldus: bijv. BINNERTS, pag. 190; vgl. ook Staatscommissie van 1901 Mem. v. Toel. pag. 209.

[2]) Aldus BINNERTS, pag. 198.
Zie verder bijv. DEMOLOMBE XXX, n°. 324, TOULLIER X, n°. 159, AUBRY & RAU VIII, 397, LAURENT XX, n°. 6733, POTHIER n°. 865, 896, LACOSTE n°. 425, GARSONNET § 1130 n°. 3. Staatscommissie 1901, Mem. v. Toel. pag. 209. „Het beweerde recht moet steunen op hetzelfde rechtsfeit".

Zelfs MAYER, die zich voor een Individualisierungstheorie uitspreekt, neemt toch dit aan voor eigendomsacties, p. 12 en p. 42.

Anders PUCHTA. Inst II § 175 en de bij BINNERTS op pag. 192 geciteerden.

[3]) Bijv.: acties tot inkorting wegens schending der legitieme portie, tot tenietdoening eener boedelscheiding, tot restitutie tegen de aanvaarding eener erfenis, tot vervallen verklaring van een zakelijk recht, tot ontbinding van een huwelijk, tot scheiding van tafel en bed, tot scheiding van goederen, tot vervallen verklaring van een rechtspersoonlijkheid eener vereeniging, tot herroeping eener schenking.

[4]) Zie bijv. POTHIER l. c.

de rechtsverhouding niet op de aangevoerde gronden bestond. De bedoeling was dus klaarblijkelijk de „Substanzierungstheorie" in de wet op te nemen.

Haar aan te nemen is bovendien noodzakelijk wegens de beperkingen, die art. 134 Wetb. van Burg. Rechtsvordering aan den eischer oplegt. Genoemd artikel bepaalt, naar het mij voorkomt, dat de eischer geen nieuwe gronden mag aanvoeren. Dit staat er wel niet met zooveel woorden, maar moet desniettegenstaande aangenomen worden. Immers het artikel wil voorkomen, dat de gedaagde benadeeld wordt in zijne verdediging, doordien de eischer over geheel andere vragen gaat spreken, dan hij in de dagvaarding aan den gedaagde mededeelde. En zou hij dit niet doen, wanneer hij na in de dagvaarding gesteld te hebben, eigenaar te zijn op grond van koop, later bij repliek beweerde dit te zijn op grond van erfrecht? Liet men dit toe dan zou bovendien een te groote anomalie ontstaan tusschen de positie van den eischer en die van den gedaagde. Aan deze is het verboden in de dupliek nieuwe feiten voor te dragen; dan moet ook de eischer niet het recht hebben het bij repliek te doen en daardoor te bewerken, dat, in plaats van twee maal, slechts éénmaal conclusies worden gewisseld omtrent eenig punt.

Die andere „feiten" mogen dus niet eens meer in het proces gebracht worden. Maar dan kunnen ze toch ook niet beoordeeld zijn [1]) [2])!

Deze redenen maken het dus noodzakelijk aan te nemen, dat art. 1954 B. W. de „Substanzierungstheorie" huldigt, of

[1]) Het verband tusschen „Klagänderung" en „Rechtskraft" wordt soms zeer overdreven o.a. door SCHMIDT in Klagänderung zoowel als in zijn Lehrbuch, zie pag. 89, noot 1. Hierop wijst SCHERLING in BUSCH Zeitschrift Bd. 33 p. 206 en RÜMELIN. Arch. f. civil. Praxis 88 S. 87, die beiden zeggen, dat er geen ander verband tusschen deze beiden bestaat, dan datgene, wat in het eerste proces niet aangevoerd mocht worden, zeker niet beoordeeld is. Zij leggen dus hetzelfde verband als wij.

[2]) SCHMIDT komt voor de tegenwoordige Duitsche wet tot het tegenovergestelde resultaat. Hij steunt zich daarbij voornamelijk op de onbeperkte vrijheid om gedurende het proces nog andere „Thatsachen" aan te voeren. En hij erkent verder, dat de beperking in het aanvullen van het „Thatbestand", die den eischer in het Gemeene Recht opgelegd waren, tot de door ons aangenomen leer moet leiden. Lehrbuch § 97.

m. a. w. te erkennen: dat door een vonnis, dat de vordering wegens gebrek aan bewijs afwijst, niets meer onbetwistbaar wordt, dan dat de rechtsverhouding niet op de aangevoerde gronden bestaat.

Men mag dus na tevergeefs eigendom op grond van levering beweerd te hebben, volhouden, dat hij door erfrecht verkregen is; men mag dus, nadat men eerst gesteld heeft een zekere door verschillende omstandigheden geïndividualiseerde verbintenis zelf aangegaan te hebben, volhouden, dat men haar van een ander door cessie verkregen heeft.

Men mag achtereenvolgens erfrecht volhouden op grond van testament 1, testament 2 of op grond van zekeren graad van bloedverwantschap en dan weer op grond van een anderen graad van bloedverwantschap, eerst op grond van wettige dan op grond van onwettige enz.

Men kan een echtscheiding achtereenvolgens op het eene feit van overspel, dan op een ander feit van ontrouw steunen; op kwaadwillige verlating, misdrijf enz.

De ontbinding eener overeenkomst achtereenvolgens vorderen wegens verschillende feiten van wanpraestatie, het niet tijdig voltooid zijn der 1e verdieping, het niet tijdig voltooid zijn der 2e verdieping, het niet behoorlijk volgens teekening voltooid zijn, of het niet voldoen aan een andere bepaling van het contract. Wegens elk verborgen gebrek achtereenvolgens eerst bijv. wegens tuberculose van het vee, dan wegens hartziekte [1]).

Niets anders geldt van inkorting van een erfstelling of gift wegens schending der legitieme portie [2]), van te niet doening eener boedelscheiding [3]), restitutie tegen de aanvaarding van

---

[1]) Men vraagt dikwijls of het gezag van gewijsde belet, dat men, na de ontbinding tevergeefs gevorderd te hebben, vermindering van den koopprijs vordert. M. i. staat dit buiten ons onderwerp. Het is m. i. een geval van consumptie, van een recht zekere actie in te stellen door het instellen van een andere actie.

[2]) Men kan dus verschillende giften en testamentaire beschikkingen, die de benadeeling te weeg brachten afzonderlijk aanvoeren.

[3]) Eerst op het eene feit van dwang, dan op het andere; eerst op grond van bedrog van A., dan op grond van dat van B. enz. Bij benadeeling van meer dan $1/4$ is het practisch vrij wel onmogelijk.

een erfenis [1]), herroeping van een schenking [2]), vervallen verklaring van een zakelijk recht [3]), vervallen verklaring van rechtspersoonlijkheid [4]), ontkenning van wettigheid [5]), scheiding van goederen [6]).

Hieruit volgt tevens, dat men, indien een eisch is afgewezen wegens gebrek aan bewijs, niet meer bevoegd is eenig deel van het vroeger gevorderde, op dezelfde gronden te eischen. Immers ware het bestaan van een deel gebleken dan was de eisch gedeeltelijk toe-, gedeeltelijk afgewezen. Nadat men tevergeefs op grond van zekeren koop en levering een landgoed opgevorderd heeft, is men dus niet meer ontvankelijk op grond van diezelfde „rechterzeugende Thatsachen" [7]) de helft van dat landgoed te vorderen of een boerderij, die zich op dat landgoed bevindt [8]).

Men mag dus de eisch tot erkenning van het recht drie vensters te hebben met uitzicht op zijns buurmans erf niet op dezelfde „feiten" steunen, als waarop de afgewezen eisch tot erkenning van het recht van zes vensters te hebben, steunde. Niet de eisch tot erkenning van de plicht niet hooger dan 6 meter te bouwen op dezelfde „feiten", als de, als niet bewezen afgewezen, eisch niet hooger dan 10 meter te bouwen steunde.

---

[1]) Voor dwang en bedrog als boven (noot 1.) Bij vermindering der erfenis beneden $1/_2$ door „onbekend" testament kan men op elk testament afzonderlijk ageeren, ook al kende men de andere op het oogenblik der dagvaarding, daar alleen relevant is, of het testament bij de aanvaarding bekend was.

[2]) Bijv. wegens elke aanslag, elk feit van weigering van levensonderhoud, elk verzuim in de vervulling van de last afzonderlijk.

[3]) Wegens elk feit van misbruik of schade afzonderlijk. Bij nietbetaling van de erfpacht gedurende 5 jaar is het practisch ondenkbaar.

[4]) Wegens elk feit van overtreding der statuten afzonderlijk.

[5]) Op grond van art. 306 B. W., geboorte na den 100en dag, en op grond van art. 307 B. W. Practisch zal het wel nimmer voorkomen wegens den beperkten termijn van twee maanden.

[6]) Elk feit van grof verzuim in het beheer afzonderlijk, zie echter ook p. 114.

[7]) Het woord „gronden" is hier te vermijden ter voorkoming van verwarring met het woord „grond" in de beteekenis van „fundus".

[8]) Over medeeigendom en medegerechtigdheid in zakelijke rechten, zie p. 73, noot 3.

Maar ook het omgekeerde is dus niet toelaatbaar. Men mag niet op dezelfde „feiten" iets vorderen, waarvan het vroeger gevorderde een deel uitmaakt. Niet op hetzelfde koopcontract bijv. een erf, waarvan het eerste een deel vormt. Dit zou immers in strijd komen met de onbetwistbaarheid van het feit, dat men niet op grond van dien koop eigenaar is van dat gedeelte.

De verschillende servituten zijn echter niet in elkaar begrepen: nadat men tevergeefs getracht heeft op grond van een bepaalde verleening en vestiging zijn recht aan te toonen over een grond te rijden, heeft men nog wel het recht op grond van diezelfde „feiten" vol te houden, dat men over dien grond mag loopen: dat punt was niet in het proces. Omgekeerd mag men, na tevergeefs het recht over dien grond te loopen geëischt te hebben, vorderen, dat men op grond dierzelfde feiten het recht heeft over dien grond te rijden, (maar niet natuurlijk te rijden èn te loopen). Over het rijden is niets beslist [1]).

Wij willen echter nog hiervoor waarschuwen, dat men niet datgene als een ander feit moet beschouwen, wat in werkelijkheid eene andere voorstelling van hetzelfde feit is [2]). Een enkele verandering van datum van het aangaan van een overeenkomst maakt dit aangaan niet altijd tot een ander feit. Aan den rechter is het uit te maken, wanneer het 't een, wanneer het 't ander is [3]) [4]).

---

[1]) Anders BINNERTS p. 173, POTHIER n°. 45.

[2]) Vgl. VAN HAMEL, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche Strafrecht p. 465 sprekend over de kracht van het onherroepelijk gewijsde in strafzaken. Aldaar wordt aangetoond, dat men voor het strafrecht drieërlei kan aannemen, 1° dat er identiteit bestaat, wanneer over hetzelfde misdadig voorval is geageerd, 2° dat deze aanwezig is, wanneer dezelfde materieele handeling ter sprake komt, 3°. dat hiervan alleen sprake is, wanneer het feit zooals het is ten laste gelegd nogmaals ten laste gesteld wordt.

De tweede opvatting is die van Prof. VAN HAMEL en van den Hoogen Raad en dezen laten dus geen andere voorstelling van hetzelfde feit toe. Deze autoriteiten komen dus voor het strafrecht tot soortgelijk resultaat als wij voor het Burgelijke Recht.

[3]) Het verschil met de Individualisierungstheorie bestaat op dit punt dus hierin, dat de rechter bij deze theorie moet onderzoeken, wanneer de rechtsverhouding een andere is en wanneer het een

Het is denkbaar, dat voor het ontstaan van een recht meerdere oorzaken (feiten of gronden) moeten samentreffen. Kan en moet men deze dan onderscheiden in causae proximae en causae remotae? En moet men alleen aan de eersten gewicht toekennen?

Sommige schrijvers[1]) beweren dit, maar verzuimen hunne meening nader te motiveeren of een grenslijn tusschen deze twee soorten van „causae" te trekken. Dit laatste bevreemdt ons allerminst, daar het ons een onmogelijke taak schijnt. Alle feiten bewerken te zamen het ontstaan van het recht of der rechtsverhouding. Geen enkele factor kan gemist worden, of het recht ontstaat niet. Hoe kan dan de eene meer waarde hebben dan de andere?

Als men dan bedoeld verschil niet maken mag, bestaat er dan misschien aanleiding tusschen „oorzaken" en „middelen" te onderscheiden? Men houde in het oog, dat wij ons hier bezig houden met het onderzoek, of de „rechtserzeugende Thatsachen" aldus gesplitst mogen worden; dat wij niet, zooals GARSONNET doet[2]), wanneer hij van „middelen" = „moyens" en „oorzaken" = „causes" spreekt, vragen of er verschil is tusschen„ bewijzen" en „rechtserzeugende Thatsachen".

Ook op deze vraag moet ontkennend antwoord gegeven

---

andere voorstelling derzelfde rechtsverhouding is; terwijl hij bij onze opvatting moet nagaan, wanneer een der „rechtserzeugende Thatsachen" dezelfde is en wanneer het een andere voorstelling van hetzelfde feit is.

[4]) Hieraan is een vonnis der Rechtbank van Zierikzee te toetsen (van 24 Januari 1788 (conclusie conform). Een scheiding van tafel en bed, eerst afgewezen, omdat het geïmputeerd crimen nefandum in eigelijken zin niet bleek, wordt andermaal ingesteld op grond van onzedelijke handelingen van lichteren aard. De rechtbank oordeelde, dat het gezag van gewijsde die tweede actie belette, omdat de oorzaken dezelfde zijn en alleen een nieuw middel wordt voorgesteld. M. i. moet men vragen, of bedoelde onzedelijke handelingen eene andere voorstelling van hetzelfde feit (het eerst als crimen nefandum voorgestelde) zijn of wel van andere feiten. In het eerste geval kan men zich op het gezag van gewijsde met vrucht beroepen, in het tweede niet.

[1]) TOULLIER X n°. 166, steunend op den text van NERATIUS l. 27 D. 44, 2. GARSONNET § 1130 p. 557, toont overtuigend het onjuiste dezer interpretatie aan.

[2]) GARSONNET III § 1130, noot 1.
Hij houdt de onderscheiding niet geheel vol, daar hij verjaring onder „moyens" rangschikt, ibidem.

worden. In de eerste plaats ontbreekt in de wet elke aanleiding tot een onderscheiding en bovendien zou ook hier geen criterium te vinden zijn.

Wij moeten ons er dus aan houden, dat alle gronden even zwaar wegen.

Veronderstellen wij bijvoorbeeld, dat de eischer in de dagvaarding gesteld heeft, dat zijn auteur en de gedaagde dan en dan een leencontract aangegaan hebben van dien en dien inhoud; dat hij, eischer, die vordering dan en dan gekocht heeft en dat de auteur haar dan en dan gecedeerd heeft met beteekening aan den gedaagde. Wanneer hij de dagvaarding aldus opstelt, stelt hij drie feiten, die te zamen hem tot gerechtigde maken. Wanneer het aangaan van het leencontract niet bewezen is, kan de eischer dit niet meer op de aangevoerde gronden aanvoeren; maar nergens staat, dat hij niet andere gronden mag aanvoeren. Tevens spreekt het van zelf, dat hij ook elk ander leencontract mag aanvoeren, zelfs als dit antérieur is aan het in het eerste proces gestelde.

En wanneer nu zich het geval voordoet, dat het tweede en derde feit (koop en cessie) niet bewezen zijn, staat het den eischer nog vrij alle andere feiten in rechte aan te voeren en vol te houden, die in verband met het eerste hem, eischer tot gerechtigde kunnen maken, bijv. erfgenaamschap of legaat. Doch ook elken anderen koop en elke andere cessie, of ook dezelfden koop en cessie op andere gronden[1]).

Wij mogen dus niet zeggen, dat de koop of de schenking enz. DE oorzaak zijn: onder oorzaken moeten verstaan worden alle feiten, die noodig zijn om den eischer tot gerechtigde te maken, dus bijv.: levering; een causa traditionis; koopcontract met den eigenaar; dus ook die feiten, die den voorganger tot eigenaar maken, als 20-jarig bezit met titel of 30 jarig bezit zonder titel. De gestelde niet bewezen feiten mogen niet meer aangevoerd worden; maar wel alle andere gebeur-

[1]) Dit laatste zal weinig voorkomen; door de verandering der gronden wordt een koop licht tot eene individueel andere gemaakt. Maar toch is het denkbaar: bijv. wanneer eerst gesteld is, dat hij door den eischer persoonlijk is aangegaan, later, dat hij door een negotiorum gestor is gesloten.

tenissen, die in verband met de bewezen feiten den eischer tot eigenaar maken. Wanneer men een bepaalden koop gesteld heeft mag men nog wel een anderen koop volhouden enz., doch men heeft niet het recht hetzelfde feit eerst als koop en daarna als schenking te qualificeeren [1]). Indien in de dagvaarding gesteld is 20-jarig bezit met titel, mag men nog elke andere originaire wijze van eigendomsverkrijgings aanvoeren: ook 30-jarig bezit zonder titel; eveneens mag men in een later geding er zich nog op beroepen, dat door een vonnis gewezen tusschen eischers auteur en gedaagde onbetwistbaar is geworden, dat des eischers auteur eigenaar was op dat oogenblik. Ook zal men er zich in een later geding op mogen steunen, dat de auteur van den eischer eigenaar is geworden door toewijzing [2]) door den rechter (zoogenaamden gerechtelijken verkoop).

Toch is hier nog een enkele opmerking te maken. Het is denkbaar, dat niet elk feit uitdrukkelijk gesteld is:

1°. Kan men verzuimen in de dagvaarding het feit te individualiseeren door het slechts met een soortnaam aanduiden. Zoo bijvoorbeeld, wanneer men een praestatie vordert op grond van „koop" zonder eenigen bepaalden koop te stellen [3]). Alsdan kan men niet anders aannemen dan, dat alle onder dien naam vallende feiten gesteld en dus beoordeeld zijn. Wanneer de eischer later nogmaals diezelfde praestatie op grond van koop vordert, moet hij derhalve niet ontvankelijk verklaard worden.

---

[1]) Zie p. 88.

[2]) Over het feit, dat deze „toewijzing" een handeling is, die de materieele rechtsverhouding wijzigt en dat zij niets met het gezag van gewijsde te maken heeft, zie p. 10.

[3]) Men kan beweren dat een dergelijke actie niet voldoet aan de vereischten van art. 5 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering. Wij kunnen dit hier niet onderzoeken. Maar dit is zeker, dat — al is het misschien ten onrechte — op een dergelijke dagvaarding een „Sachurteil" gewezen kan worden. En als dit geschied is, moeten wij vragen, wat door dat vonnis onbetwistbaar is geworden. Want dit staat vast, hoe onjuist ook een gewezen vonnis zij, het heeft gezag van gewijsde. Dit is juist een der groote verschillen met de overeenkomsten; deze zijn, wanneer zij gebrekkig zijn nietig (of vernietigbaar).
Zie noot 1 pag. 53.

2°. Kan het voorkomen dat men in de dagvaarding slechts het laatste eener serie feiten gesteld heeft, die te zamen den eischer tot gerechtigde zouden maken. Men brengt daardoor m.i. alle mogelijkerwijze daaraan voorafgegane feiten mede in het proces.

Wanneer men dus gesteld heeft eigenaar te zijn op grond van levering, dan mag men, na in den loop van het eerste proces als grond dier levering een bepaalden koop opgegeven te hebben, in een tweede proces niet meer een anderen koop of eene schenking stellen. Het gezag van gewijsde maakt onbetwistbaar, dat men niet door levering eigenaar is geworden [1]).

Wij weten nu, dat men nog wel andere feiten dan de gestelde mag aanvoeren; wij weten tevens, wanneer feiten als gesteld moeten gelden.

Aan den anderen kant is het ook zeker, dat men gestelde feiten, die men te vergeefs trachtte te bewijzen, niet meer mag aanvoeren. De eenige vragen, die dus nog overblijven, zijn: mag men de reeds bewezen factoren nog in verband met andere factoren aanvoeren?

En mag men dezen als onbetwistbaar aannemen, of wel, moet men ze opnieuw bewijzen?

Lacoste beschouwt een bevestigend antwoord op beide vragen als van zelf sprekend [2]).

Terecht m. i. wat de eerste betreft: immers, wanneer eenig feit als bewezen is aangenomen, bijv. de levering, maar de tevens gestelde oorzaak der levering, niet is aangetoond, dan spreekt het van zelf, dat men in een later geding zeggen mag, die levering had een andere oorzaak [3]).

Maar niet terecht, wat de tweede vraag aangaat [4]). Dit aan

---

[1]) Onze opvatting stemt dus feitelijk vrijwel overeen met de leer van de expressa causa in het R. R.; theoretisch het omgekeerde.
Vgl. (in eenigszins ander verband) Planck I, p. 266.

[2]) Lacoste, (casuïstisch) n°. 440. v.v.

[3]) Bij geen enkelen anderen schrijver vond ik deze vraag ook maar vermeld. Zeer terecht geschiedt dit door schrijvers als Schmidt, die de Substanzierungstheorie geheel verwerpen. Huldigt men de Individualsierungstheorie, dan doen zich deze vragen natuurlijk niet voor.

[4]) Hiertegen verzet zich dan ook Planck I 267; anders Seuffert XX 189. XV. 250.

te nemen zou den gedaagde in hooge mate kunnen benadeelen. Want wanneer eenig feit als bewezen is aangenomen en desniettemin de eisch is afgewezen, kan de gedaagde geen hooger beroep instellen. Een dergelijk feit zou, wanneer men LACOSTE volgde, ten eeuwigen dage voor gedaagde onbetwistbaar zijn.

Maar bovendien, wat zou dit anders zijn dan gezag van gewijsde toekennen aan (de) gronden van het vonnis? En, dat daarvan in onze wet geen sprake mag zijn is, naar ik mij vlei, duidelijk na het op pag. 62 gezegde. Het antwoord op de tweede vraag moet dus luiden: een dergelijk feit moet opnieuw bewezen worden [1]).

Op den regel, dat alleen onbetwistbaar wordt, dat de verhouding niet op de aangevoerde gronden bestaat, maakt de wet twee uitzonderingen, 1⁰ bij het inroepen van nietigheid; 2⁰ bij het wraking van rechters.

1. De Substanzierungs-theorie brengt mede, dat men het recht heeft elken grond van nietigheid afzonderlijk aan te voeren [2]), tenzij — natuurlijk — men de gronden van nietigheid meer algemeen gesteld heeft, bijv. door te vorderen, dat de nietigheid zal uitgesproken worden wegens „vormgebreken" [3]).

Men voert voor deze acties tegen de door ons verdedigde opvatting aan, dat de processen eeuwigdurend zouden worden, en — zegt men — „il faut sacrifier les droits de l'individu à l'intérêt général" [4]). Dit laatste echter is geen zaak van den wetsuitlegger, maar van den wetgever: aan hem alleen is het te bepalen, wanneer „les droits de l'individu" voor het algemeen belang moet wijken. En wat nu het „eeuwigdurend" betreft, zou ik het volgende in het midden willen brengen.

---

[1]) Tenzij een der partijen een Incidenteele „Feststellungs Anspruch" instelde.

[2]) BINNERTS p. 202 en 210, LAURENT XX n⁰. 72, GARSONNET § 1131, BAUDRY-LACANTINERIE II n⁰. 1289, LACOSTE n⁰. 400.

[3]) LACOSTE n⁰. 403—405, DEMOLOMBE XXX n⁰. 335.

[4]) Twee oplossingen worden gegeven: Sommigen meenen, dat de nietigheid de „cause" en de reden tot nietigheid het „moyen" is. BONNIER n⁰. 876; anderen, dat de redenen in groepen verdeeld kunnen worden: incapacités, vices de formes, vices du consentement. TOULLIER X n. 166.

Eén ding is zeker, dat de wetgever geen eeuwigdurende reeksen processen kan willen. Deze processen echter zullen dat ook niet zijn: er bestaat in de eerste plaats een vrij krachtige rem tegen dergelijke eindelooze reeksen in den vorm van veroordeelingen in de kosten; doch in de tweede plaats staat het in de macht van den gedaagde er voor goed een eind aan te maken; hij kan immers — ook incidenteel — eischen, dat de rechter versta, dat de handeling of akte, welker nietigheid beweerd wordt geldig is [1]). Tegen dien eisch neemt de oorspronkelijke eischer de positie van gedaagde in. Deze is dus verplicht krachtens art. 141 Wetb. v. Burg. Rechtsvordering alle excepties en het antwoord ten principale in eens voor te brengen. Wordt het door gedaagde verzochte declaratoir afgegeven dan staat — krachtens het bij toewijzende vonnissen gezegde — de geldigheid der handeling of akte voor goed vast. Laat de gedaagde het na van dit recht gebruik te maken, dan heeft hij aan zich zelf te wijten, wanneer hij nogmaals lastig gevallen wordt [2]). Er bestaat dus allerminst grond hierom inbreuk te maken op den gewonen regel.

De wet echter maakt voor sommige gevallen uitzonderingen en wel in art. 1491 van het Burgerlijk Wetboek [3]). Het artikel bepaalt, dat bij de inroeping van nietigheid eener verbindtenis alle gronden tot nietigheid tegelijk voorgebracht moeten worden, op straffe van verstek der niet aangevoerde gronden [4]) [5]). Ge-

---

[1]) Zie p 93.

[2]) Bovendien belet het gezag van gewijsde den eischer niet den gedaagde in een proces te wikkelen; op die wijze kan de eerste den laatste naar hartelust plagen, als het hem lust de kosten te betalen.

[3]) Zie over het karakter van dit artikel als uitzondering: BINNERTS, pag. 210 v.

[4]) Het artikel luidt verder aldus: „ten ware deze laatste door „toedoen der tegenpartij niet vroeger bekend hadden kunnen „zijn". Dit is echter overbodig, daar in dat geval request-civiel openstaat, art. 382, Wetb. v. Burg. Rechtsvordering.

[5]) De woorden „op straffe van verstek der niet aangevoerde gronden", wekken de gedachte op, dat men hier het oog heeft op een te niet gaan van dat recht door het proces, een consumptio buiten het gezag van gewijsde staande. Gevolg zou hiervan zijn, dat wat ook de uitspraak is, — of zelfs als geen uitspraak volgde — altijd het

noemd artikel slaat op art. 1490 Burg. Wetboek terug, zoodat ongetwijfeld met de verschillende gronden bedoeld worden:

1°. minderjarigheid, curateele, dwaling, geweld, bedrog, handelingen eener gehuwde vrouw en de opzettelijke benadeeling bedoeld in art. 1877 Burg. Wetb.;

allen uitdrukkelijk genoemd, en

2°. verder alle gevallen, waarin de nietigverklaring eener verbindtenis gevorderd kan worden [1]), blijkens den aanhef.

Voor de inroeping van nietigheid van verbindtenissen, wordt dus door den wetgever eene uitdrukkelijke uitzondering gemaakt.

Men mag derhalve wel achtereenvolgens op verschillende gronden de nietigheid inroepen van:

huwelijken [2]),

testamenten,

huwelijksche voorwaarden, voorzoover zij geene verbindtenissen bevatten,

akten, die tot bewijs eener handeling dienen, en van vonnissen. (Art. 286 Wetb. van Burg. Rechtsvordering: vernietiging van een vonnis wegens ontkentenis van een gerechtelijke verrichting).

Maar men is niet gerechtigd dit te doen bij

verbindtenissen, waaronder huwelijksche voorwaarden, voorzoover zij verbindtenissen zijn; en

waaronder akten, die tot het wezen eener overeenkomst behooren, als akten van schenking en van dading. De nietigheid der akte maakt immers tevens de verbintenis nietig.

2. De tweede uitzondering maakt de wet in art. 37 Wetb. v. Burg. Rechtsv., waar zij bepaalt, dat alle redenen tot wraking van een rechter tegelijk voorgedragen moeten worden.

---

recht geconsumeerd is. Dit kan m. i. niet in de bedoeling van den wetgever gelegen hebben: een vonnis, dat de eisch niet ontvankelijk verklaart kan die werking niet hebben. Alleen „Sachurteile" kunnen zooiets bewerken.

[1]) Bijv. ook die van art. 470, B. W.: nietigheid van overeenkomst in zake de voogdij-rekening.

[2]) Anders in het Duitsche Recht § 616 C.PO. zie Hellwig Subj. Grenzen 64 en p. 30. noot 2.

Hiermede is naar mij voorkomt het onderzoek over de quaestie: „Rechtsvraag of rechtsverhouding" ten einde.

Resumeerende, kunnen wij dus zeggen, dat door toewijzende vonnissen en door zoodanige, die den eisch afwijzen, omdat het te niet gaan, enz. is aangetoond, of die uitmaken dat de rechtsverhouding eenigszins anders is, dan de eischer haar stelde, onbetwistbaar wordt, dat de rechtsverhouding bestaat, niet bestaat of niet meer bestaat;

dat echter door vonnissen, die den eisch als niet bewezen afwijzen, alleen onbetwistbaar wordt, dat de rechtsverhouding niet op de aangevoerde gronden bestaat [1]).

Wij komen dus tot de conclusie, dat de wet veroorlooft, dat „de Rechtsvraag" onbetwistbaar wordt. Ergo is het mogelijk, dat vonnissen, die den eisch niet ontvankelijk verklaren, of den rechter onbevoegd verklaren, gezag van gewijsde hebben [2]).

2. Het antwoord op de vraag: „Rechtsvraag" of „Rechtsverhouding" toegepast op vonnissen, die zich niet met de rechtsverhouding zelve inlaten.

Tot dusverre hebben wij ons uitsluitend met de materieele zijde der actie bezig gehouden; deze laatste heeft ook nog een formeele zijde, die thans onze aandacht vraagt [3]).

[1]) Hiermede stemt practisch in sommige opzichten het door de Staatscommissie van 1901 voorgestelde overeen M. v. T. p. 201 v.v.; in andere echter niet. Deze onderscheidt de positieve en negatieve werking; voor de laatste zou dan als regel gelden idendititeit van causa en res. Dit komt practisch hierop neer, dat men zich beroepen mag op wat in het toewijzend vonnis is uitgemaakt; evenzoo op het vonnis, dat den eisch afwijst, omdat het niet bestaan van het recht is aangetoond; doch dat men in geval van herhaling eener actie moet letten op de causa en de res. Wordt dus bijv. na afwijzing wegens gebrek aan bewijs, een herhaling beproefd, dan moet er gelet worden op de oorzaak van de vorige acties. In dit opzicht stemmen de beide opvattingen dus overeen.

Het voorgestelde wijkt echter hierin van onze meening af, doordat het meebrengt, dat het beroep op het gezag van gewijsde, als men een actie na toewijzing wil herhalen, alleen ontvanklijk is, wanneer men haar op dezelfde gronden wil doen steunen, als waarop de 1e actie steunde.

Vgl. ook over positieve en negatieve werking. p. 25.

[2]) Zie p. 88.

[3]) Vgl. over dit en het volgende Planck Bd. I. p. 261 en 270.

Wanneer men in een proces erkenning eener (bestaande) rechtsverhouding vraagt, dan vraagt men stilzwijgend ook, dat de rechter erkenne, dat men haar in dit proces, van dezen rechter en op deze wijze mag vragen. Dit laatste verzoek tot erkenning wordt in de Duitsche litteratuur gewoonlijk de formeele zijde van den Anspruch [1]) of wel de formeele „Anspruch" genoemd.

Eerst, wanneer de rechter deze vragen bevestigend beantwoord heeft, kan hij tot de beoordeeling der materieele verhouding overgaan. In dit geval zal hij den eisch ontvankelijk en zich zelf bevoegd verklaren [2]).

Meent hij echter, dat de formeele Anspruch niet gerechtvaardigd is, dan zal hij deze afwijzen en verklaren, dat hij zich niet met den materieelen Anspruch kan bezighouden en dien dus niet ontvankelijk verklaren, of verstaan, dat hij onbevoegd is er van kennis te nemen [3]) [4]).

Op deze vonnissen mag men ongetwijfeld het over „Sachurteile" gezegde toepassen, wanneer men slechts het eigenaardige karakter van beide soorten in het oog houdt, mutatis mutandis dus.

Wanneer de eisch ontvankelijk is verklaard en de rechter zich bevoegd achtte er van kennis te nemen, zou het over „toewijzende Sachurteile" gezegde toegepast moeten worden [5]), ware het niet, dat die uitspraak òf een grond van het eindvonnis, òf een interlocutoir-vonnis is [6]) en dus nooit gezag van gewijsde kan hebben.

---

[1]) Anspruch is hier natuurlijk in „prozessualischen Sinne" gebruikt.

[2]) Aan deze gezag van gewijsde ontzegd door VON BÜLOW Civilprozess zu § 293 note 3, SCHMIDT Civilprozessord. § 97 zich steunend op „Anspruch.

Anders PLANCK I p. 264 ff., MAYER p. 53, STRUCKMANN-KOCH ad. § 275, Anm. 2, GAUPP I p. 546 e. a.

[3]) Het spreekt van zelf, dat hij den formeelen Anspruch niet „niet ontvankelijk" verklaart of zich zelf onbevoegd, er van kennis te nemen. Met den formeelen Anspruch houdt hij zich bezig, over deze velt hij een oordeel; daarna kan hij niet meer zeggen: ik houd mij er niet mede bezig, ik heb er het recht niet toe!

[4]) Aan het Romeinsche Recht vreemd. VON SAVIGNY, Bd, I. p. 186.

[5]) Zie pag. 93.

[6]) Ook niet als de beslissing daarover geschiedt op eene incidenteele conclusie, omdat de ontvankelijkheid dezer actie nooit voor volgende processen belang heeft. Zie pag. 46.

Indien de rechter echter van oordeel is, dat de materieele Anspruch niet ontvankelijk is of hij niet bevoegd er over te oordeelen, dan wijst hij – zooals gezegd – den formeelen Anspruch af. Dit afwijzend vonnis kan tweeërlei constateeren, òf dat het ontbreken van een der voorwaarden is aangetoond; òf dat het bestaan van een dier vereischten niet is aangetoond.

Beschouwen wij ter nadere toelichting de niet-ontvankelijkheid en de onbevoegdheid elk afzonderlijk.

a. Bij de niet ontvankelijkheid zijn van de eerste soort o. a. de vonnissen, die den Anspruch afwezen:

wegens de disqualificatoire exceptie [1];

wegens het zich bevinden in termen van beraad;

wegens ongeoorloofd petitum;

wegens het niet sluiten van het syllogisme der dagvaarding

wegens onvoldoende opgave der middelen [2] (Mangelnde Substanzierung).

Van de tweede soort degenen, die hem afwezen, omdat het „belang" niet aangetoond is [3]).

Past men hierop nu het ten aanzien van het afwijzende Sachurteil gezegde toe, dan moet men aannemen, dat, wan-

---

[1]) Daaronder ook de gevallen, dat iemand onbekwaam is te procedeeren, (minderjarigheid, gemis aan rechtspersoonlijkheid).

[2]) Volgens sommigen brengen deze beide laatsten nietigheid der dagvaarding mede. Maar in elk geval is het denkbaar, dat — zij het misschien ten onrechte —, de eisch niet-ontvankelijk is verklaard.

[3]) Hieronder vallen o. a. de vonnissen, die niet toewijzen wegens zgn. „Mangel an Rechtschutzbedingung". Dit kan dan plaats grijpen, wanneer de gedaagde een recht aanvoert tegenover dat van den eischer, bijv. wanneer de gedaagde in een eigendomsprocedure een recht van retentie, erfpacht, vruchtgebruik of huur aanvoert. Wanneer dit aangetoond is, kan tweeërlei gebeuren: de rechter kan het gevraagde declatoir over de eigendom afgeven, of hij kan de actie wegens gemis aan belang niet-ontvankelijk verklaren. Het laatste geschiede, bijv. wanneer de eigendom altijd door gedaagde erkend is. Deze vonnissen worden gewoonlijk echter onder de „afwijzende" vonnissen gerangschikt en dan gebruikt om aan te toonen, dat slechts, in verband met de aangevoerde gronden wordt afgewezen. Von Savigny VI p. 350. Want — zegt deze — dit vonnis kan niet gelijke werking hebben met datgene, dat den eigendom wegens gebrek aan bewijs afwijst. Terecht merkt Schmidt p. 539 op, dat bij niet-toewijzing niet over den eigendom beslist wordt en dat dus „in Wahrheit diese Fälle jedoch (die Frage) gar nicht berühren.

Vgl. ook Binnerts p. 82.

neer het bestaan van een gebrek is aangetoond, het onmogelijk is, de actie te herhalen zoolang, dat gebrek niet ondervangen is [1]). Is echter alleen het bestaan van een voorwaarde — van het belang — niet aangetoond, dan mag men het bestaan van die voorwaarde „belang" nog op andere gronden volhouden [2]).

Onbetwistbaar wordt dus òf het bestaan van het gebrek, òf het feit, dat de aangevoerde gronden het bestaan van een noodzakelijke voorwaarde niet aantoonen [3]).

Dit is het werkelijk declaratoir; en het declaratoir is dus niet: „de formeele Anspruch is afgewezen", evenmin als bij de afwijzing van de materieelen Anspruch trouwens de uitspraak, „de eisch wordt afgewezen" het declaratoir is. Maar dit verschil bestaat, dat het declaratoir niet gevorderd behoeft te zijn.

Is de actie niet-ontvankelijk verklaard, omdat de eischer verzuimde te stellen, levering „tegen behoorlijke kwijting mijnerzijds" dan zal die actie niet ontvankelijk zijn, voordat dit gebrek hersteld is. Is een eigendomsactie niet-ontvankelijk verklaard wegens het bestaan van een vruchtgebruik, dan wordt dat bestaan van dat gebrek — het vruchtgebruik — onbetwistbaar [4]). Is een eigendomsactie niet-ontvankelijk verklaard, omdat zekere storing, die „het belang" der actie uitmaakte, niet is aangetoond, dan zal de eischer diezelfde storing niet nogmaals als „belang" mogen stellen, maar wel elke andere storing of bedreiging met storing.

b. Wanneer de rechter zich onbevoegd heeft verklaard, is het denkbaar, dat hij dit deed, omdat zijn onbevoegdheid aangetoond was of wel omdat hij zijn bevoegdheid niet gebleken achtte. Het eerste doet zich voor, indien blijkt, dat de Burgelijke

[1]) Planck Bd I, p. 270.

[2]) Natuurlijk, tenzij „belang" niet afzonderlijk gesteld is, wat wel het gewone zal zijn. Is het echter wel gesteld en zijn toch „andere belangen" beoordeeld — wat m. i. niet had mogen gebeuren — dan moet toch hetgeen geschied is gelden.

[3]) Het is niet geoorloofd een dezer processueele voorwaarden in het midden te laten en een afwijzend „Sachurteil" te vellen. Maar wat als dit toch gebeurd is? Het „Sachurteil" zal gelden, daar het nu eenmaal gewezen is. Zie p. 53; onjuist is het dit als voorwaardelijk te beschouwen, zooals Mayer p. 51 doet.

[4]) Zoo kan dus een bindende beslissing over het vruchtgebruik gegeven worden, zie pag. 73 noot 1.

Rechterlijke Macht niet bevoegd is of wel, dat die tak der Burgerlijke Rechterlijke Macht niet competent is. Gaat het alleen om relatieve onbevoegdheid dan wordt er niet meer gezegd, dan dat de aangevoerde gronden de bevoegdheid niet rechtvaardigen. Men mag dus andere aanvoeren. Is de incompetentie uitgesproken, aangezien de rechter niet die was van gedaagde's woonplaats, dan kan men nog aanvoeren, dat hij het is van eischers woonplaats en dat deze hier in aanmerking moet komen[1]); onbetwistbaar wordt dus, òf dat de rechter onbevoegd, òf dat hij op de aangevoerde gronden niet bevoegd is[2]).

Wanneer de rechter zich onbevoegd verklaart, omdat hij de geheele Rechterlijke Macht belast met rechtsmacht in Burgerlijke Zaken[3]) onbevoegd acht of wel omdat hij de tak dier Rechterlijke Macht, waartoe hij behoort, niet bevoegd acht (absolute incompetentie), kan de vraag rijzen of nu voor partijen onbetwistbaar wordt, dat alleen hij, die het uitsprak, onbevoegd is of wel ook dat die geheele Rechterlijke Macht of tak dier Macht onbevoegd is. Ongetwijfeld zal de ruimere werking aangenomen moeten worden, daar de bedoeling van den rechter was dit uit te spreken.

Denkbaar is, dat ook een andere tak of college, of wel de Rechterlijke Macht belast met Rechtsmacht in Administratieve Zaken zich onbevoegd verklaart of wel dat meerdere zich bevoegd verklaren. Wat de Rechtelijke Macht in Administratieve Zaken betreft, zullen wij het stilzwijgen bewaren, als zijnde deze conflicten geen onderwerp van Burgerlijk Recht; wat de anderen echter aangaat, kunnen wij opmerken, dat er dan een positief of negatief jurisdictie-geschil bestaat. De laagste der rechters, die boven beiden gesteld zijn en onder wien beide autoriteiten ressorteeren, zal dan ingrijpen: hij zal het ééne vonnis vernietigen, het andere bevestigen. De vernietiging van een vonnis heft al zijn gevolgen, waaronder het gezag van gewijsde van dat vonnis, met terugwerkende kracht op.

---

[1]) Vgl. noot 2 op de vorige pagina.

[2]) Anders Förster § 55 en Freudenstein p. 20, die meenen, dat hij zich op nieuw onbevoegd moet verklaren.

[3]) Art. 153 Grondwet.

HOOFDSTUK V.

Subjectieve grenzen van het gezag van gewijsde.

Wanneer het mogelijk ware de subjectieve grenzen van het gezag van gewijsde door één bepaling aan te geven, dan konden zij voor ons recht niet in het minst twijfelachtig zijn. Art. 1954 2e lid Burg. Wetboek, stelt als eisch: „om dat gezag te kunnen inroepen wordt vereischt, dat de eisch ...... door en tegen dezelfde partijen, in dezelfde betrekking gedaan zij" [1]). Onder de thans juist honderdjarige heerschappij der Napoleontische codificatie is echter eenstemmig door theorie en praktijk erkend, dat ook een aantal derden — niet-partijen — door het gezag van gewijsde getroffen worden. Welke die derden zijn, en waarom zij gebonden zijn, bleef voortdurend een bron van den levendigsten strijd [2]). Vooral weer in de laatste jaren hebben de subjectieve grenzen in Duitschland het onderwerp van uitvoerige studiën uitgemaakt; ik behoef slechts te wijzen op HELLWIG, FISCHER, MENDELSOHN—BARTHOLDY [3]), WACH en

---

[1]) = Art. 1351 Code Civil: que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.

[2]) Merkwaardiger wijze zwijgt SCHMIDT in zijn (in 1896 verschenen) Prozesrecht geheel over dezen strijd; anders in de Ergänzung zu § 97 van bedoeld werk.

[3]) In het Germaansche Recht heeft het vonnis absolute kracht gehad MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 321. Sachsenspiegel II 6 § 4 Ldr. Svelke gave, die man siût oder svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht, da na mach he 's nicht weder reden.
Later, in de XVIII eeuw, vindt men daarentegen het verbod het vonnis aan derden mede te deelen: Kammergerichts-Visitations-Abschied (1718) § 88, 89. Emminghaus Corp. Jur. Germ. pag. 1434.

LABAND. Vooral aan den eerste is het — dank zij zijn helder inzicht in het wezen van het gezag van gewijsde — gelukt eenig nieuw licht over deze ingewikkelde vragen te verspreiden.

Aangezien hij daarbij uitgaat van rechtsbeginselen, waarvan wij beproefden aan te toonen, dat zij ook die van onze wet zijn, zullen wij van zijne hoogst verdienstelijke onderzoekingen dankbaar gebruik kunnen maken [1]).

Krachtens genoemd artikel is het dus zeker, dat partijen aan het gezag van gewijsde gebonden zijn; betwist is echter, wie partijen zijn en, zooals wij reeds zeiden, welke derden gebonden zijn en waarom ze het zijn. In de eerste plaats moet dus onderzocht worden, wie partijen zijn (waaruit dan tevens volgt wie niet-partijen en dus derden zijn); hierbij hebben wij in het bijzonder onzen aandacht te schenken aan vertegendigde personen. En in de tweede plaats moet die uitbreiding tot derden aan een onderzoek onderworpen worden.

I. PARTIJ EN VERTEGENWOORDIGING.

1. Partijen zijn in contentieuse jurisdictie de eischer en de gedaagde, dat wil zeggen, degenen, die als zoodanig in het vonnis worden aangeduid; in voluntaire jurisdictie de verzoeker en degenen, die opgeroepen worden om gehoord te worden, met uitzondering van de te hooren bloedverwanten of aangehuwden bedoeld in art. 386 B. W.: deze verschijnen immers alleen om inlichtingen te geven en hebben blijkens art. 389 B. W. meer het karakter van getuigen [2]). Niet noodzakelijk is, dat zij, hetzij zelf (bij den kantonrechter of in voluntaire jurisdictie), hetzij bij procureur in het proces verschenen zijn. Zoo is dus bijv. partij de gedaagde, die verstek heeft laten gaan en degeen, te wiens name een procureur, die daartoe geen last heeft bekomen, geprocedeerd heeft. Dit blijkt uit

[1]) HELLWIG, Wesen und Subjective Begrenzung der Rechtskraft.

[2]) Wij wezen er reeds op (pag. 39), dat het in voluntaire jurisdictie gewoonlijk niet van belang is, wie partijen zijn, daar er meestal toch niet van gezag van gewijsde sprake kan zijn, hetzij wegens het ontbreken van een declaratoir, hetzij wegens het ontbreken van gevaar voor herhaling.

de wet, die hen dan ook zoo in art. 79, 80 en 272 Wetb. v. Burg. Rechtsv. noemt [1]).

Onder partijen moeten medebegrepen worden, zij die zich voegden of tusschenkwamen en degenen, die in vrijwaring geroepen zijn. Als partij hebben dezen echter eene bijzondere positie. Slechts voor zooverre deze laatste belang heeft voor het gezag van gewijsde, zullen wij haar hier nagaan. Niet steeds is een eenzijdige handeling hunnerzijds of van hunne tegenpartij voldoende om hen in een aanhangig proces partij te doen zijn. Noodig is, bij voeging[2]) en tusschenkomst, dat de rechter hen toelate [3]); en bij oproeping in vrijwaring is, wanneer men haar niet vóór de conclusie van eisch gedaan heeft, verlof van den rechter vereischt [4]). Het partij-zijn dier personen begint dus met de toelating tot interventie of met den dag, tegen welken de vrijwaarder is opgeroepen. Bij de vonnissen vóór dat tijdstip geveld, zijn ze derhalve geen partij. Daarom zijn ze zeker niet aan het gezag van gewijsde dier uitspraken gebonden. Evenmin als aan dat der vonnissen geveld, nadat hun partij-zijn geëindigd is; wat kan voorkomen, doordien de rechter den in vrijwaring opgeroepene weer uit het proces ontslaat. Art. 74, Wetb. v. Burg. Rechtsv. [5]).

Maar daaruit volgt nog niet, dat zij aan het gezag van gewijsde van alle vonnissen en van elk deel van een vonnis, waarbij zij wel tegenwoordig waren, gebonden zijn [6]). Zij zijn slechts voor één bepaalde zaak tusschengekomen of in vrij-

---

[1]) Vgl. ook art. 79 van hetzelfde Wetb., dat zelfs bepaalt, dat somtijds een veroordeelde, niet verschenen, gedaagde geen verzet kan doen.

[2]) Door hunne eenzijdige daad zijn degenen, die intervenieeren willen, wel partij in het proces omtrent hun verzoek tot toelating. Het vonnis, daarop gewezen, is, wat die quaestie betreft, een eindvonnis tusschen partijen en interveniënt. (vooral bij afwijzing komt dit uit.) Zie pag. 44.

[3]) Art. 285 Wetb. v. Burg. Rechtsv.

[4]) Art. 68 Wetb. v. Burg. Rechtsv.

[5]) Hiermede is natuurlijk niets gepraejudiceerd over de vraag, in hoeverre die personen gebonden zijn aan de proceshandelingen van de andere partijen. — Zie pag. 46.

[6]) Het maakt natuurlijk geen verschil, of gemakshalve bij afzonderlijk vonnis over de hoofdzaak en over de vrijwaring beslist wordt.

waring opgeroepen. Alleen aan de beslissingen daaromtrent zijn zij dus gebonden. Aan de anderen niet; dit klemt te meer, wanneer men bedenkt, dat een verzoek tot voeging in een strijd over een ander punt, misschien geweigerd had moeten worden. Men stelle slechts het volgend geval. In een eigendomsprocedure voegt zich de huurder van den gedaagde; in dat proces wordt ook nog over de nietigheid van een testament of over een statusquaestie van den gedaagde bindend beslist [1]. Had de huurder zich bijv. in dien strijd over de nietigheid van het testament of over den status van gedaagde willen voegen, dan zou zijn verzoek om voeging [2] stellig geweigerd zijn. Maar daarom is het dan ook zeker, dat deze intercedent alleen gebonden is aan de beslissing over den eigendom.

2. De partijen kunnen zijn natuurlijke personen, rechtspersonen of andere zelfstandige vermogens. De eersten kunnen vertegenwoordigd worden, de anderen m o e t e n het steeds zijn. Wanneer dit het geval is en het vonnis op naam van den vertegenwoordiger gesteld wordt [3], dan heeft — zooals van zelf spreekt — het vonnis gezag van gewijsde voor den vertegenwoordigde [4]. Maar het is slechts een quaestie van vorm, of men het vonnis op naam van den vertegenwoordiger qualitate qua stelt: ook dan is de vertegenwoordigde de werkelijke en eenige partij.

---

[1] Op incidenteele conclusie. Zie boven pag. 78.

[2] Wij laten buiten bespreking het geval, dat die huurder toevallig ook nog bloedverwant is: dan kan hij zich in die l a a t s t e hoedanigheid in het proces over den status voegen.

[3] Vgl. Hellwig pag. 36.

[4] Garsonnet § 1128 in resultaat gelijk, maar in wezen anders en m. i. dus onjuist: „l'identité des parties qu'il ne faut pas confondre avec l'identité des personnes: les parties seront identiques et les personnes différentes, lorsqu'on aura figuré personnellement dans la première instance et par un représentant dans la seconde ou *vice versâ;* les parties seront différentes et les personnes identiques, lorsqu'on aura figuré personnellement dans la première instance et représenté autrui dans la seconde, ou *vice versâ*.

Als voorbeelden van gelijkheid van partijen noemt hij de „créanciers chirographaires" met hunnen débiteur, en de erfgenamen met den overledene.

De fout wordt veroorzaakt, doordat hij voorbijziet, dat de vertegenwoordigde de partij is en niet de vertegenwoordiger en dat alleen de eerste de persoon is, die het proces voert, zij het ook door middel van een ander. Vgl. ook Binnerts, pag. 220.

Wat dit beteekent is duidelijk bij natuurlijke personen en rechtspersonen: deze zijn gebonden. Bij andere zelfstandige vermogens echter is het minder duidelijk. Nochtans kan het m. i. niets anders beteekenen, dan dat de subjecten van die vermogens gebonden zijn; maar aangezien het vermogen partij is [1]), zijn die subjecten „derden", die gebonden zijn aan het gezag van gewijsde. Is bijv. verstaan, dat de firma zeker bedrag verschuldigd is, dan is het bestaan dier schuld derhalve voor de firmanten onbetwistbaar [2]).

De negatieve kant van den zooeven gestelden regel is even zoo natuurlijk, nl. dat het vonnis geen gezag van gewijsde heeft voor den vertegenwoordiger, noch in zijne verhouding met zijne tegenpartij, noch in die met den vertegenwoordigde [3]).

De voogd kan zich dus niet tegenover den door hem vertegenwoordigden minderjarige op het gezag van gewijsde beroepen; deze laatste heeft dus het recht tegenover den voogd vol te houden, dat deze slecht geprocedeerd heeft en dat deze derhalve hem de daardoor geleden schade moet vergoeden.

Zoo wordt men dan in de eerste plaats vertegenwoordigd door degenen, die het r e c h t tot vertegenwoordiging bezitten, hetzij door een gemachtigde of lasthebber, hetzij door een wettelijk vertegenwoordiger of een als zoodanig te beschouwen bestuurder van een rechtspersoon of beheerder van een zelfstandig vermogen; hetzij, dat een dergelijk wettelijk vertegenwoordiger krachtens zijn ambt, of wel, dat hij krachtens een recht van beheer handelt, of wel, dat de wet hem een speciaal recht heeft verleend namens den vertegenwoordigde te procedeeren [4]).

Krachtens hunne ambten vertegenwoordigen de daartoe aangewezen ambtenaren den Staat (art. 4 W.v.B.R.V.); de

---

[1]) Het volgt m. i. bijv. uit art. 4, 4° Wetb. v. Burg. Rechtsv. en voor de reederij ook nog uit art. 327 W. v. K.

[2]) Vlg. echter LACOSTE n. 528, GARSONNET § 1128 n. 7.

[3]) Alleen wanneer men in het vonnis een wijziging van de materieele verhouding ziet, kan men het tegendeel verdedigen en aannemen, wat dan ook door vrijwel alle schrijvers gedaan wordt.

[4]) HELLWIG Subj. Gr. 37. De laatste mogelijkheid ziet hij over het hoofd.

Commissaris der Koningin de Provincie (art. 33 Provinciale Wet); de Burgemeester (art. 71) of de Wethouder de Gemeente (art. 77 Gemeentewet) en de Heemraden of andere Bestuurders de Waterschappen.

Een recht van beheer, omvattende de vertegenwoordiging in en buiten rechte, hebben o.a. de vader, moeder of voogd ten opzichte van het vermogen van den minderjarige, de curator voor den curandus, de man voor de vrouw; de bestuurders van zedelijke lichamen, vereenigingen, stichtingen, coöperatiëve vereenigingen en naamlooze vennootschappen, over die verschillende rechtspersonen; de beheerders van zelfstandige vermogens over die vermogens, zoo bijv.: de firmant of de vereffenaar (art. 4 B. W.) over de firma, de boekhouder (art. 327 W. v. K.) en de schipper ingeval van art. 365 W. v. K. over de reederij; de beheerende vennoot over de commanditaire vennootschap; degeen, die krachtens art. 1673 Burg. Wetb. het recht van beheer heeft, over de maatschap.; de man of de vrouw over de huwelijksche gemeenschap. Voorts beheert de executeur testamentair, die in het bezit der nalatenschap is gesteld, de nalatenschap; de bewindvoerder de onbeheerde nalatenschap, de bewindvoerder de aan een erfgenaam of legataris nagelaten goederen (art. 1066 B. W.)[1]), de beheerder het fideicommissum, de curator of degene, wien het beheer is opgedragen (art. 519 Burg. Wetb.) den boedel van den afwezige; de curator den faillieten boedel, de bewindvoerder van een vruchtgebruik, het vruchtgebruik.

Krachtens een speciaal verleend recht om namens een ander te procedeeren, is de ingezetene bedoeld in art. 143 Gemeentewet, gerechtigd namens de Gemeente te procedeeren.

Maar niet alleen door dezen, die het recht hebben tot vertegenwoordiging, is men vertegenwoordigd. Ieder heeft de macht namens een ander te procedeeren. Een vonnis is nooit nietig. Staat het vonnis eenmaal op naam van een zeker persoon, dan heeft het voor hem gezag van gewijsde[2]),

---

[1]) Land III pag. 178.

[2]) Vgl. pag. 53 en 125.

totdat het opgeheven wordt [1]). Dit principe, dat bij een juiste opvatting van het gezag van gewijsde niet twijfelachtig kan zijn [2]), doet onmiddelijk de oplossing aan de hand van vele anders hoogst moeilijke strijdvragen. — De gevallen, waarin een lasthebber of gemachtigde zijn bevoegdheid overschrijdt en de daarmee gelijk te stellen gevallen, dat iemand zonder machtiging of lastgeving handelde; de gevallen, waarin de wettelijke vertegenwoordiger een eisch ingesteld heeft of daarin berust heeft zonder de vereischte rechterlijke machtiging [3]); en de daarmede op één lijn te stellen gevallen, dat het hoofd eener rechtspersoon of beheerder van een vermogen krachtens de statuten of bepalingen van de algemeene vergadering of van andere personen machtiging behoeft [4]), hebben tot levendig verschil van gevoelen aanleiding gegeven. Tot niet minder strijd de gevallen, waarin een beheerder in zijn

---

[1]) Natuurlijk heeft de tegenpartij het recht een disqualificatoire exceptie in te stellen, als de tegenpartij niet het recht tot vertegenwoordiging bezit. Wij denken ons echter het geval, dat hij dit ten onrechte verzuimd heeft en dat het vonnis dientengevolge op naam staat van iemand, die noch krachtens een lastgeving of volmacht aan den „would-be" vertegenwoordiger, noch krachtens de Wet door dezen vertegenwoordigd wordt.

[2]) De „contracts-analogie" leidt hier weer tot de meest onjuiste beslissingen.

[3]) Zoo bepaalt art. 462 Burg. Wetb., dat de voogd niet in een ingestelde vordering mag berusten; krachtens art. 506 van hetzelfde Wetboek geldt dit ook voor den curator. — De strijd over „hetzelfde verlof is vereischt voor het instellen van een vordering tot scheiding en deeling" art. 463 B. W. wordt door het aangenomen principe ijdel wat het gezag van gewijsde betreft: al is de vordering zonder machtiging ingesteld, en al is deze strikt noodig, dan heeft het vonnis toch gezag van gewijsde. De opvatting, die men over genoemde woorden huldigt, zal alleen belang hebben voor de ontvankelijkheid der disqualificatoire exeptie.

Zie verder art. 33 Prov. Wet en 71 Gemeentewet, die respectievelijk een besluit van Provinciale Staten en van den Gemeenteraad tot het instellen en berusten in eene actie vereischen; terwijl art. 194 litt. h. Gemeentewet voor bedoeld raadsbesluit de goedkeuring van Gedeputeerde Staten vereischt.

[4]) Bijv. bij naamlooze vennootschappen, coöperatieve vereenigingen, vennootschappen onder firma's, reederijen, kan bij het oprichten of aangaan bepaald zijn, dat de directeuren of vennooten geen eisch mogen instellen of daarin berusten zonder toestemming van aandeelhouders, commissarissen, leden of firmanten.

materieelrechtelijke beschikkingsbevoegdheid beperkt is [1]), terwijl over de vertegenwoordiging in rechte geen bijzondere bepalingen gemaakt zijn.

Toch is de oplossing zoo eenvoudig: in al die gevallen is degeen, op wiens naam het vonnis staat, gebonden aan het gezag van gewijsde [2]) (pag. 125). Maar zooals haast vanzelf spreekt, moet die nominale partij het recht hebben tegen die vonnissen op te komen: voor partijen is het daartoe aangewezen middel ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen [3]); immers, de procureur was niet behoorlijk gemachtigd, daar hij zijn bevoegdheid aan een niet behoorlijk gelegitimeerd vertegenwoordiger ontleende. Voor subjecten van een zelfstandig vermogen echter is, daar zij geen partijen zijn, een ander middel noodzakelijk: derden verzet is dan aangewezen [4]).

Heeft dus bijv. de Burgemeester namens de Gemeente geprocedeerd, zonder dat daaromtrent een raadsbesluit is

---

[1]) De man bijv. niet bij wijze van schenking over de goederen der gemeenschap, noch over het goed der vrouw; de firmant kan beperkt zijn in het opnemen van gelden en mag de firma niet verbinden tot andere handelingen, dan die den tak van handel betreffen, waarvoor de vennootschap is aangegaan. Ook de directeur der naamlooze vennootschap is gewoonlijk beperkt in disposities over de eigendommen der vennootschap, enz.

[2]) Anders Binnerts, pag. 223: de lastgever is niet verder gebonden dan zijn mandaat, maar hij kan het gebeurde ratificeeren. Aangezien hij dit wel alleen bij gunstig vonnis zal doen, kan die ratihabito gepraesumeerd worden.

Lacoste, n. 572: den vertegenwoordigde kan het vonnis niet tegengeworpen worden, tenzij hij het uitdrukkelijk of stilzwijgend goedkeurde Maar voordeel kan hij er nooit van hebben, behalve wanneer de tegenpartij wist, dat de vertegenwoordiger zijn bevoegdheid te buiten ging.

Tissier, no. 118. Alsdan is de vertegenwoordigde slechts in schijn partij, inderdaad derde: hij kan dan derde verzet doen. Men kan bij hetzelfde vonnis gedeeltelijk partij, gedeeltelijk derde zijn! Zie echter ook n°. 93.

[3]) In één geval facultief met request-civiel nl. als de voogd berust heeft in de vordering tegen den minderjarige ingesteld, art. 385, W. v. B. Rv.

[4]) Deze opvatting is in lijnrechten strijd met de gewone opinie over de verhouding tusschen gezag van gewijsde en derden verzet. Alle auteurs (behalve Fischer in Jhering's Jahrbücher Bd. 40 pag. 235) nemen aan, dat niemand, die aan dat gezag gebonden is, van dat middel gebruik mag maken, 1°. omdat, aangezien art. 1954 B. W. het gezag van gewijsde tot partijen beperkt, allen, die er aan gebonden zijn, partijen geacht moeten worden; — en 2°. omdat het gezag van gewijsde in onbe-

genomen en — dientengevolge — zonder goedkeuring van Gedeputeerde Staten [1]), dan is desniettegenstaande, wanneer het vonnis op naam der Gemeente gesteld wordt, of — wat op hetzelfde neerkomt — op naam van den Burgermeester als hoofd der Gemeente, de Gemeente aan het gezag van gewijsde gebonden. Maar zij kan haren vertegenwoordiger opdragen ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen te doen.

En om een voorbeeld te geven van een geval, waarin iemands dispositie-bevoegdheid beperkt is, kunnen wij ons denken, dat een firmant een goed der firma, waarover hij niet beschikken mocht, heeft laten uitwinnen. Dit vonnis heeft gezag van gewijsde tegenover de firmanten, die echter, omdat hunne rechten benadeeld zijn door het feit, dat een goed om niet uit het vermogen der firma ging, derden verzet mogen doen [2]).

Wanneer het vonnis echter niet op naam van den vertegenwoordigde, maar op naam van den vertegenwoordiger zelf staat, dan is krachtens het boven gezegde deze alleen aan het gezag van gewijsde gebonden [3]). Op naam van den vertegenwoordiger persoonlijk, zal het gesteld moeten worden, indien diens recht tot vertegenwoordiging ontkend wordt, hetzij

---

twistbaarheid bestaat en derden verzet betwisting is. Het eerste is niet juist, omdat art. 1954 B. W. volstrekt niet belet, dat krachtens andere bepalingen derden gebonden zijn; het tweede is een misvatting omtrent de verhouding van rechtsmiddel en gezag van gewijsde. In Hoofdst. III zagen wij reeds, dat rechtsmiddelen alleen gebruikt kunnen worden door personen aan het gezag v. gewijsde onderworpen, pag. 52.

[1]) Natuurlijk is een dergelijk procedeeren ongeoorloofd en heeft de tegenpartij — als hij gedaagde is — het recht de niet-ontvankelijkheid in te roepen.

Wat hij doen moet, als de gedaagde zonder machtiging berust, is niet recht duidelijk; maar ondanks het ongeoorloofde, van gedaagde's gedrag heeft het vonnis toch gezag van gewijsde.

[2]) Wanneer een ongeoorloofde schenking, bijv. van goederen der gemeenschap, bij vonnis is erkend, moet de vrouw tegen de schenking en niet tegen het vonnis opkomen: door het laatste is ze niet benadeeld. Denkbaar is, dat een niet-geschiede schenking erkend wordt; dan zal zij toch tegen de schenking zelf op mogen komen. De tegenpartij van den man wordt immers door het gezag van gewijsde verhinderd die schenking te ontkennen.

[3]) Behalve degeen, die namens den Koning procedeert.

op grond van eene disqualificatoire exceptie, hetzij krachtens ontkenning van den grondslag, waaraan hij zijn recht ontleende. Zoo zal, wanneer iemand blijkt niet burgemeester te zijn of niet de noodige machtiging te bezitten, deze zelf niet ontvankelijk verklaard moeten worden. Niets anders kan aangenomen worden, wanneer de voogd een testament, waarbij hijzelf benoemd is, namens den minderjarige wil doen erkennen, of wanneer de executeur-testamentair de geldigheid van een testament staande houdt, waarbij hij aangesteld is [1]). Blijkt de nietigheid van dien grondslag van hun recht — van het testament — dan zal de eisch niet ontvankelijk verklaard moeten worden in den persoon van den vertegenwoordiger [2]). Is echter — ten onrechte dus — desniettegenstaande het vonnis op naam van den minderjarige of van de nalatenschap gesteld, dan zullen dezen wel aan het gezag van gewijsde gebonden zijn.

Voor de vraag, of degeen, die het proces voert partij of vertegenwoordiger is, blijkt dus, wij herhalen het, alleen beslissend de aanduiding in het vonnis [3]).

Volkomen onverschillig is het derhalve voor de werking van het gezag van gewijsde aan den eenen kant, of de vertegenwoordiger zelf belang heeft bij het proces, dat hij in naam van een ander voert. De procurator in rem suam onderscheidt zich naar buiten in geen enkel opzicht van de werkelijke vertegenwoordiger. Evenals hij geen excepties, die zijn persoon betreffen kan aanvoeren of deze tegen hem aangevoerd kunnen worden, zoo treft hem ook het gezag van gewijsde niet, omdat hij vertegenwoordiger is [4]).

---

[1]) LAND III p. 173, FAURE III blz. 57 meenen, dat hij alleen een recht tot voeging heeft. Dit punt heeft voor onze vraag geen belang, daar wij thans nagaan, wat gebeuren moet, als de executeur-testamentair partij is.

[2]) Is de executeur bij afzonderlijke akte ingesteld, dan is het natuurlijk anders.

[3]) Vgl. HELLWIG pag. 38. Deze spreekt van de „rol, waarin hij is opgetreden". Dit is minder juist, daar het kan voorkomen, dat des eischers recht in die rol op te treden ontkend wordt, en dan is zeker degeen, in wiens naam hij wilde handelen, niet gebonden.

[4]) Uit anderen hoofde kan hij wel gebonden zijn: zoo als rechtverkrijgende van de vertegenwoordigde, bijv. wanneer hij tevens cessionnaris van den vertegenwoordigde is. Vgl. HELLWIG pag. 39.

Aan den anderen kant heeft ook de innerlijke verhouding van dengene, die als partij een proces voor vreemde rekening voert, tegenover dengene voor wiens rekening het geschiedt, nooit de werking, dat zij als zoodanig het gezag van gewijsde uitbreidt op dien belanghebbende.

Heeft de eischer een hem gecedeerde vordering in zijn eigen naam in rechte ingevorderd, dan is hij partij en hij is dat geheel onafhankelijk van het doel, waarmede hem het recht is overgedragen. Ook dan, wanneer een vordering hem alleen ter inning gecedeerd of een wissel met dat doel aan hem geëndosseerd is, is hij alleen partij. Het vonnis heeft alleen voor hem gezag van gewijsde, niet voor of tegenover diengene, voor wiens rekening het proces gevoerd is, behalve wanneer toevallig een der gevallen aanwezig is, waarin het gezag van gewijsde tot derden uitgebreid wordt; waaronder bijv. rechtverkrijging na het begin van het proces [1]).

II. UITBREIDING VAN HET GEZAG VAN GEWIJSDE OP DERDEN.

A. ALGEMEENE OPMERKINGEN.

Wij hebben thans onderzocht, wie „partijen" zijn en weten dus wie „derden" zijn.

Vóór wij nu de regels, volgens welke en de gevallen, waarin uitbreiding van het gezag van gewijsde tot derden zou plaats grijpen, gaan onderzoeken, moeten wij twee algemeene opmerkingen vooraf doen gaan.

In de eerste plaats hebben wij er op wijzen, dat het voor kan komen, dat iemand derde en partij tegelijk is; in de tweede plaats dienen wij een opmerking te maken ten einde het gebied der vraag, die ons thans bezighoudt, te begrenzen.

---

[1]) Anders GAUPP-STEIN S. 111, die deze personen eerst als partij beschouwt en daarna, om het gezag van gewijsde tegenover degenen, voor wier rekening het proces is geschied, te motiveeren, als „Vertreter".
Vgl. ook SCHOTT, Armenrecht pag. 62 (bij HELLWIG geciteerd pag. 41 Noot 24).

Daartoe zullen wij de verhouding van den subjectieven en den objectieven omvang nagaan [1]). Daardoor stellen wij onmiddellijk eenige gevallen ter zijde, waarin men ten onrechte van uitbreiding pleegt te spreken.

Het eerste doet zich speciaal dan voor, wanneer iemand een recht van een ander verkregen heeft van soortgelijken inhoud als het zijne, terwijl over het eene geprocedeerd was en over het andere niet, bijv. wanneer iemand erfgenaam van zijn mede-erfgenaam is.

Aangezien het daarbij zaak is die soortgelijke rechten uiteen te houden, doen wij wel eerst de verhouding van den subjectieven en objectieven omvang te onderzoeken om vervolgens te bespreken bovenbedoeld samentreffen van twee qualiteiten in één persoon.

---

1) Sommige schrijvers, Hellwig, § 3 bijv., meenen, dat aan het onderzoek der uitbreiding van het gezag van gewijsde tot derden eenige beschouwingen vooraf moeten gaan over de „Reflexwirkung der Urteile", die ten scherpste van uitbreiding van het gezag van gewijsde onderscheiden moet worden.

Hieronder zou dan verstaan worden: „die Rückwirkung, welche „eine rechtliche oder œkonomische Thatsache über ihre eigentliche, „durch das Gesetz oder die Absicht des Handelnden oder Berechtigten „gesetze Wirkungsphäre hinaus für dritte Pursonen äussert." Jhering, Bd. 2, pag. 82 (vgl. ook pag. 80, 81, 115 en 125 l. c.). Scherp is die definitie niet; wat is bijv. „eigentliche", wat „die Absicht des Handelnden"? Zie ook Wach, Hdb. I, pag. 626, over „Thatbestandswirkung". De bedoeling schijnt te zijn van een feitelijke werking te spreken Hellwig l. c. geeft als voorbeelden:

1°. Het algemeen moeten erkennen van de executie (ook van het bezit der nalatenschap bijv.).

2°. § 147 K. O., zie boven pag. 40.

3°. Personen, wier „Rechtslage unmittelbar Abhängig ist" van die van anderen, bijv. Gesellschaft en Gesellschafter. Volgens H. bepaalt § 129 I. H. G. B., dat de crediteur alles van de vennooten vorderen mag, wat hij van de vennootschap vorderen mag.

Verder onderhuurder en huurder: de verhuurder behoeft de onderhuurder niet langer te dulden dan den huurder. § 556 III, B. G. B.

Voorts: borg en hoofdschuldenaar; men mag van den borg alleen vorderen, wat men van den hoofddebiteur kan vorderen. § 774 B. G. B.

Dit alles zou een „Reflexwirkung" van het gezag van gewijsde en geen uitbreiding van het gezag van gewijsde zijn. In de eerste plaats kan ik niet in die artikelen lezen, dat bijv. den verhuurder den onderhuurder niet langer behoeft te dulden dan den huurder. Maar gesteld dat die woorden er eens wel stonden, dan nog is er geen sprake van Reflexwirkung van het gezag van gewijsde: in al die gevallen zoo slechts sprake zijn van de door ieder te erkennen werking van het executierecht, of van de executie. Zie pag. 17.

Mendelsohn-Bartholdy, pag. 407 v.v. vraagt of de uitbreiding van van het gezag van gewijsde op derden tot de zgn. „Reflexwirkungen" behoort en komt tot de slotsom, dat dit niet het geval is.

1. De verhouding der objectieve en subjectieve grenzen.

Alleen een juist inzicht in die verhouding kan tot oplossing van veel twijfelachtigs leiden, of beter nog, vele moeielijke vragen vervallen, indien men in het oog houdt, dat, wanneer het gezag van gewijsde tot derden uitgebreid wordt, dit voor en tegen die derden denzelfden inhoud moet hebben, als het voor de partij had, aan wien de derde zijn gebonden zijn ontleend [1]).

In de eerste plaats mag de derde zich dus alleen van het gezag van gewijsde bedienen tegenover de(n)gene(n), tegen wie(n) deze partij het mocht doen en omgekeerd mag de tegenpartij er zich zóó tegenover den derde op beroepen. De rechtverkrijgende van A kan het dus inroepen tegen A's tegenpartij, maar nooit tegen A en omgekeerd A nooit tegenover zijn rechtverkrijgende [2]). De kooper bijv. wel tegenover dengene, die met den verkooper procedeerde, maar nooit tegenover den verkooper.

In de tweede plaats volgt uit het zooeven gezegde, dat alleen datgene, wat „verstaan" is, wat bindend beslist is tusschen partijen, voor derden gezag van gewijsde kan hebben.

Wordt, zooals soms het geval is [3]), voor partijen niets meer onbetwistbaar, dan dat het recht niet op de aangevoerde gronden bestaat, dan kan ook niets meer voor derden vaststaan. Is dus beslist, dat A den eigendom niet op grond der gestelde levering heeft, dan kan ook alleen dit tegenover zijn rechtverkrijgende onbetwistbaar worden.

En daar, zooals wij vroeger zagen de „gronden" der uitspraak geen gezag van gewijsde voor partijen hebben, hebben ze het ook niet voor derden. Is in de „gronden" over iemands eigendom beslist, dan kan dat nooit voor derden gelden. In de procedure van den vruchtgebruiker en pandhouder bijv. wordt in den regel alleen een bindende beslissing gegeven over

[1]) Hellwig p. 42 zegt: als het voor partijen had. Dit is een onjuiste uitdrukking, want dan zou de derde aan het gezag van gewijsde van beide partijen gebonden zijn, wat hij zelf op pag. 142 ontkent.

[2]) Hellwig pag. 142 ff. Een uitzondering zie beneden pag. 169.

[3]) Zie boven pag. 109.

het bestaan van het vruchtgebruik of van het pandrecht. Velen nemen aan, dat de procedure van den pandhouder enz. den eigenaar bindt. Een juiste opvatting echter leert, dat hier van geen uitbreiding van gezag tot dien derde sprake kan zijn, omdat de beslissing over den eigendom geen bindende kracht heeft [1]).

Het gezegde is ook van toepassing op vruchtgebruik en pandrecht op vorderingen. Wanneer de vruchtgebruiker van een inschuld haar invordert, doet hij niet het recht van den crediteur, die hem het recht verleende, gelden, maar een zelfstandig daaruit afgeleid recht [2]). Hetzelfde geldt van den pandhouder. Over de inschuld zelve is hoogstens als „grond" beslist en daarom heeft die beslissing geen gezag van gewijsde. Daarom bestaat er, wanneer er over die inschuld in een volgend proces gesproken wordt, maar thans tusschen den crediteur en den debiteur, niet alleen gebrek aan subjectieve identiteit, maar komt er bovendien geen punt ter sprake, dat reeds onbetwistbaar is [3]).

Hetzelfde moet aangenomen worden, wanneer een borg geprocedeerd heeft. Over het bestaan van de hoofdschuld wordt (in den regel) geen bindende beslissing gegeven. Het gezag van gewijsde hier tot derden uit te breiden zou ook een afwijking van de regels omtrent de objectieve grenzen zijn.

Eveneens zou het inbreuk maken op deze regels uitbreiding aan te nemen bij pluraliteit van crediteuren en debiteuren en bij andere medegerechtigden en gezamenlijk verplichte personen; of m. a. w. bij solidaire verbindtenissen [4]), bij verbind-

[1]) In onze rechtslitteratuur bleef dit buiten bespreking, omdat daarin wel aan de gronden gezag van gewijsde toegekend wordt.

[2]) Over het karakter van dit recht behoeven wij niet verder te spreken.

[3]) De Franschen, die wanneer zij de vereischten één voor één behandelen, zich telkens de beide andere voorwaarden als vervuld denken, vergeten hier geheel, dat er geen objectieve identiteit bestaat. De subjective achten sommigen aanwezig; ten onrechte natuurlijk!
Aldus LACOSTE no. 580. Anders AUBRY et RAU, t. 8 p. 379.

[4]) Maar zelfs dan, wanneer de „gronden" wel gezag van gewijsde hadden, zou er, in dit en de volgende gevallen, nog geen reden zijn tot uitbreiding.
LACOSTE no. 591 meent, dat zij steeds gerepresenteerd zijn; MARCADÉ ad 1351, no. 13, RODIÈRE no. 109, 370, AUBRY et RAU t 8 p. 380 § 769, zijn van oordeel, dat zij alleen aan het gunstige vonnis gebonden zijn.
In resultaat aan ons gelijk o.a. LAURENT t.20 n.120, TISSIER n. 120-121-123.

tenissen, die een ondeelbare zaak [1]) tot voorwerp hebben, en bij medeëigendom [2]) of medegerechtigdheid in zakelijke rechten[3]). Elk heeft een eigen recht, elk een eigen verplichting: alleen over het recht van de procedeerende partij wordt bindend beslist.

Daarom kan van gebonden zijn der medegerechtigden geen sprake zijn.

2. De twee qualiteiten in een persoon.

Iemand kan, zooals gezegd, door bijzondere omstandigheden twee qualiteiten in zich vereenigen. Het kan dan voorkomen, dat hij in de eene qualiteit aan het gezag van gewijsde van een vonnis gebonden is, en in de andere niet.

Hij kan bijv. als erfgenaam van A aan het gezag van gewijsde van een op zijn eisch gewezen vonnis, waarbij het testament nietig wordt verklaard gebonden zijn, terwijl hij als erfgenaam van zijn mede-erfgenaam van A's goederen dit niet is. Iemand kan, als geprocedeerd hebbend mede-eigenaar, gebonden zijn, terwijl hij het niet is, als rechtverkrijgende van zijn mede-eigenaar. Denkbaar is, dat iemand, wiens schuld op grond van minderjarigheid vernietigd is, als erfgenaam van zijn borg aan diens vonnis gebonden is. Hetzelfde kan zich natuurlijk bij alle deelgerechtigden of medecrediteuren en bij alle gezamenlijk verplichte personen voordoen.

Voor deze gevallen is het art. 1954 B. W. toepasselijk [4]),

---

[1]) Tissier no. 125, Lacoste no. 646.

[2]) Tissier no. 126, Lacoste no. 584.

[3]) Elk der debiteuren en der crediteuren is dan voor het geheel verplicht of gerechtigd; die verplichtingen kunnen zelfstandig te niet gaan. Bij zakelijke rechten en eigendom is ieder gerechtigde voor het geheel met beperking door de gelijksoortige rechten van anderen. Vgl. over de eersten, Hellwig. Subj. Gr. p. 45.

[4]) Verkeerde opvattingen van het vereischte: de eischer moet in het volgende proces weder eischer, de gedaagde weder gedaagde zijn. Van Bell, Ned. Jaarboeken IX blz. 636. Afdoende weerlegd door Binnerts pag. 126,

Deze (pag. 147) in overeenstemming met Opzoomer § 484 blz. 529, meent, dat deze bepaling zegt, dat het gezag van gewijsde niet ingeroepen mag worden, wanneer iemand eerst als voogd en later in eigen naam ageerde. Beiden komen dus tot de conclusie, dat dit ver-

waar het eischt, dat de eisch in dezelfde betrekking gedaan zij. De eisch door B, als rechtverkrijgende van A gedaan, geschiedt in een andere betrekking dan een eisch als oorspronkelijk gerechtigde gedaan. B kan de nietigheid van het testament niet meer betwisten voor zoover het recht betreft, dat hij aan A's erfgenaam ontleende; als onmiddellijk rechtverkrijgende van A kan B echter de geldigheid staande houden. — Zoo kan dus de solidaire crediteur, als erfgenaam van zijn medecrediteur, de vordering in rechte eischen, nadat hij zelf vroeger is afgewezen [1]).

Niet anders is het bij mede-eigendom, tenminste, wanneer een der mede-eigenaren zijn recht aan den ander mede-eigenaar overdraagt. Anders zal men moeten beslissen, wanneer een der mede-eigenaars zijn recht laat varen; dan blijven de rechten der anderen bestaan, en alleen een beperking valt weg. Zij zijn dan geen rechtverkrijgenden.

Zoo kan dus degeen, wiens schuld op grond van minderjarigheid nietig verklaard is, als erfgenaam van den borg aangesproken worden, zelfs als die beide vorderingen reeds tegen hem bestonden op het oogenblik van het eerste proces [2]).

B. WANNEER WORDT HET GEZAG VAN GEWIJSDE TOT DERDEN UITGEBREID?

Na deze algemeene opmerkingen kunnen wij ons met de zaak zelve, met de uitbreiding van het gezag van gewijsde tot derden, bezighouden.

---

eischte overbodig is. Want de voogd is wel dezelfde persoon, maar niet dezelfde partij. Zie ook DIEPHUIS IX No. 371; m.i. zou het bij deze opvatting niet alleen overbodig, maar zelfs theoretisch onjuist zijn, aangezien de voogd namens den minderjarige ageerend geen partij is. Zie pag. 127 boven.

[1]) Hierbij grijpt geen „vermenging" plaats, wat duidelijk blijkt uit een eventueele verdeeling van het betaalde. Een solidair crediteur, tevens erfgenaam, zal een dubbele portie krijgen.

[2]) Dit is niet alleen waar voor ons, die de Substanzierungstheorie volgen; niet anders moeten zij beslissen, die de Individualisierungstheorie volgen. Het zijn immers geheel andere vorderingen, al hebben zij een even groote geldelijke verplichting tot voorwerp.

Sommige auteurs meenen, dat er algemeene regels voor uitbreiding bestaan, anderen, dat van uitbreiding slechts in enkele op zich zelf staande gevallen, sprake kan zijn.

1. Algemeene regels.

Bespreken wij dan in de eerste plaats die regels.

Bij die verschillende regels is vooral in het oog te houden, wat de grond en het wezen der werking is, die gezag van gewijsde zaak genoemd wordt. Ware het een wijziging van de materieele verhouding of een fictie van waarheid, dan zou de relativiteit moeilijk te verklaren zijn en zou men in de geregelde rechtsbetrekkingen aanleiding moeten vinden de alsdan meer natuurlijke absolute werking aan te nemen [1]). Ziet men den grond van het gebonden zijn van partijen in een (gepraesumeerde) wilsovereenstemming zich aan het gezag van gewijsde te houden [2]), dan moeten derden daaraan gebonden

[1]) Mendelsohn-Bartholdy, (pag. 106) spreekt „von der dem materiellen Rechte gehörenden Lehre der subjektiven Grenzen der Rechtskraft."

In gelijken zin Binnerts, Pag. 225. 254.

Freudenstein, pag. 216 en zoo ook Struckmann-Koch, pag. 329.

Wach, Rechtsgutachten pag. 24 van „zelfstandige causa" sprekend.

Ook de Staatscommissie van 1901 meent, dat de leer der subj. grenzen tot het materieele recht behoort. Mem. v. Toel. pag. 199. „Zoo „moet het antwoord op de vraag, wat het gevolg is, van een vonnis „gewezen vóór of tegen één van meerdere hoofdelijke schuldeischers „of schuldenaren, een principalen debiteur of een borg niet worden „afgeleid uit het leerstuk van de kracht van gewijsde, maar uit die „van de solidariteit en van den borgtocht.... En zoo moet ook de „vraag, of een vonnis gewezen vóór of tegen één van meerdere „gerechtigden of verplichten tot een zakelijk recht, mede door of „tegen de overige gerechtigden of verplichten kan worden ingeroepen, „in het leerstuk der gemeenschap bij zakelijke rechten hare oplossing „vinden."

Over de fictie van waarheid, Binder pag. 2: dass die Fiktion der Wahrheit den fundamentalen Satz der Rechtskraftslehre also formulieren müsste: Res judicata jus facit inter omnes; vgl. ook Binnerts pag. 239. De vrijspraak van den hoofddebiteur strekt ten voordeele van den borg: „Immers in rechte geldt nu als waarheid, dat er geen hoofdverbintenis bestaat". Hier neemt dus ook hij aan, dat die waarheid algemeen geldt.

Vgl. Valette, Revue Foelix 1844 pag. 28. Il semble qu'on n'admette qu'à grande peine et comme à regret cette proposition élémentaire: qu'en matière civile la vérité judiciaire n'est qu'une vérité relative et non une vérité absolue.

[2]) Lacoste, No. 472, 473 die tegen Laurent's critiek aanvoert: „c'est une fiction traditionelle."

zijn, evenals aan andere overeenkomsten. Maar aangezien de eenige grond is: de wil van den wetgever; en de inhoud: onbetwistbaarheid, moet de wetgever noodzakelijker wijze bepalen voor en tegenover wie het uitgemaakte onbetwistbaar is. Daaruit volgt tevens, dat de subjectieve identiteit een zelfstandig vereischte is en geen uitvloeisel van de objectieve identiteit [1] [2].

Dit zou trouwens ook daarom niet kunnen, omdat objectieve identiteit zelve geen vereischte is. (Zie pag. 90).

Behalve de dus thans vervallen regels, dat contractsanalogie toegepast mag worden of dat de subjectieve identiteit overbodig is, wordt nog door enkelen een anderen regel aangenomen, die evenals die vervallen regels, de relativiteit als het regelmatige verklarend, tevens uitzonderingen zou medebrengen.

Enkele schrijvers erkennende, dat men de contractregels niet

---

[1]) Ten onrechte wordt POTHIER No. 58 voor de tegenovergestelde opinie aan gehaald: Slechts schijnbaar huldigt hij die opinie. Om uitbreiding van gezag van gewijsde bij mede-eigendom eener ondeelbare zaak te motiveeren, zegt hij: „Chacun est copropriétaire pour le tout; „le jugement rendu sur la demande que l'un d'eux a faite de „cette chose a eu pour objet la même chose, que la demande qu'en „ferait les autres; c'est eadem res,"; maar, voegt hij er aan toe: „cum „quibus singulis suo nomine agitur", is er geen objectieve identiteit. Dit is niet anders dan met andere woorden de eerst als zelfstandig vereischte afgekeurde subjectieve identiteit weer binnenhalen. Want, wanneer A, nadat B in zijn eigendomsactie triumpheerde, over den eigendom van dezelfde zaak gaat procedeeren, dan is ontegenzeggelijk onbetwistbaar, dat B eigenaar is; maar toch breidt POTHIER het gezag niet uit, omdat „met ieder in zijn eigen naam geprocedeerd wordt", of m. a. w., omdat er geen subjectieve identiteit bestaat.

[2]) ENDEMANN, Prinzip. § 14; Civilprozessr. § 147.

KLÖPPEL p. 89. Das Erfordernis der Personenidentität ist nur in sofern begründet, als die Identität des Rechtsverhältnisses dadurch bedingt is..... Es ist..... nicht korrekt von einer Rechtskraft zu sprechen, die nur unter den Parteien wirke; die Rechtskraft wirkt vielmehr selbstverständlich nur für das Konkrete Rechtverhältnis.

BINDER pag. 6, die zich krachtig tegen KLÖPPEL verzet, zegt: Weil nämlich Objekt der Rechtskraft das Streitverhältnis unter den Parteien ist,.... kann die nämliche Streitfrage nur dann vorliegen, wenn die nämlichen Personen von neuem streiten.

Deze doet hier dus het tegenovergestelde van wat KLÖPPEL doet: hij zegt alleen dan is er objective identiteit denkbaar, als de subjectieve identiteit bestaat.

Maar op pag. 13 zegt hij: in sommige gevallen blijft er niettegenstaande de verandering in de subjekten objectieve indentiteit bestaan; en dan wordt daarom het gezag van gewijsde op derden uitgebreid; hij stemt dan dus geheel met KLÖPPEL overeen!

mag toepassen, nemen aan, dat het recht over het goed te disponeeren tevens het recht omvat met werking tegenover derden te procedeeren. Reeds vroeger merkten wij op, dat het recht van beheer over een vermogen met zich medebrengt het recht om met werking voor en tegenover de subjecten van dat vermogen te procedeeren [1]). Maar verder gaat dat recht van beheer of dispositie niet; niet elke derde is gebonden aan het gezag van gewijsde van die beslissing. Want uit het feit, dat men met werking tegenover derden beschikken kan, volgt niets omtrent het recht met werking tegenover derden te procedeeren. Daarvoor is het verschil tusschen deze beiden te groot. Nemen wij als voorbeeld het geval, dat iemand een hypotheek op zijn goed verleend heeft; uit het hem als eigenaar ongetwijfeld toekomende recht over het goed te beschikken, volgt toch niet, dat hij gerechtigd is met werking tegenover de hypotheekhouders te doen vaststellen, dat hij nooit eigenaar van dat goed is geweest [2]), of m. a. w. dat de hypotheek nietig is.

De tot dusverre vermelde regels hebben ten doel te motiveeren, waarom in den regel alleen partijen gebonden zijn, maar tevens om te verklaren, waarom dit niet altijd zoo is.

Het ontbreekt echter ook niet aan pogingen, die niets anders bedoelen dan regels voor uitzonderingen te vinden.

a. Noodzakelijkheid van gelijkvormige vaststelling is één van Wach's [3]) gronden voor uitbreiding van het gezag van gewijsde. Hij zelf zegt er van: „Notwendigkeit einheitlicher Feststellung „kann nicht heiszen Ratsamkeit derselben, sondern Unmög„lichkeit differenter Feststellung wegen unmöglicher Koexistenz „widersprechender Erkenntnisse" [4]). Als voorbeelden geeft hij ondeelbare rechten (Praedialservitutenstreit) en de bepaling van § 147 Konkursordnung, gelijk aan het bovenbesproken

---

[1]) Pag. 128.

[2]) Iets anders is, of de wetgever in het feit, dat men alsnog een soortgelijk resultaat door dispositie kan bereiken, aanleiding moet vinden alsdan het gezag van gewijsde uit te breiden.

[3]) Rechtsgutachten, p. 11 en 18.

[4]) Krit. Vierteljahresschrift XIV pag. 345.

artikel 121 van onze Faillissementswet [1]). Ongelukkiger had hij het niet kunnen treffen: bij ondeelbare rechten bestaat niet eens objectieve identiteit (zie boven pag. 136) [2]); en bedoelde bepaling der Konkursordnung heeft niets met gezag van gewijsde te maken [3]). Reeds vroeger wezen wij op een en ander. Maar er zijn geen deugdelijke voorbeelden te vinden, omdat het geval zich nimmer voordoet, wanneer men aan de juiste opvatting van het wezen van het gezag van gewijsde vasthoudt. Het feit, dat voor den een iets onbetwistbaar is, kan nooit „tegenstrijdig" zijn met het feit, dat ditzelfde door anderen nog betwist kan worden.

En al ware dit anders dan zou er toch niet van „noodzakelijkheid" gesproken kunnen worden, omdat het gezag van gewijsde dispositief is, en dus het zgn. „noodzakelijke" toch niet altijd zou gebeuren.

b. In de gevallen, waarin het gezag van gewijsde voor en tegen derden geldt, kan men het resultaat van die werking a a n d u i d e n met de sedert VON SAVIGNY gebruikelijke uitdrukking, dat de partij de derden „representeert" [4]). Als

---

1) WACH und LABAND p. 1—8 en 19, WACH, Handbuch des Deutschen Civilprozessr. Bd. 1 pag. 624, alleen t e n g u n s t e van de medecrediteuren.

J. D. VEEGENS, de Faillissementswet pag. 123. De erkenning..... wordt (daarom) met een r e c h t e r l ij k g e w ij s d e gelijkgesteld.

Niet geheel juist geeft hij m.i. zijn bedoeling weer: bedoeld is gezag v a n g e w ij s d e z a a k.

2) Over het voordeel ontstaande door executie van een servituut, zie boven pag. 18.

3) En al ware dit anders, dan zou het nog niet „unmöglich" zijn. Een eenvoudige wiskundige formule kan aanduiden, hoe het zou zijn als iemand tegenover sommigen niet mag mededeelen, tegenover anderen wel. Stel het passief a, inclusief de betwiste vordering b; het actief $\frac{a}{10}$, de vordering van den betwister c. Dan krijgt de betwister:

$$\frac{\frac{a}{10}}{a-b} \times c = \frac{\frac{ac}{10}}{a-b}$$

de rest $a - \frac{\frac{ac}{10}}{a-b}$ wordt onder de anderen verdeeld; onmogelijk is het dus geenszins.

Anderen denken in dit geval aan „Repräsentation": DERNBURG, Lehrbuch I § 138 note 8, BINDER, Subj. Grenzen pag. 45, v.v.

4) HELLWIG, pag. 52 In gelijken zin BINNERTS, pag. 224.

naam kan men het gebruiken. Maar als begrip is het in deze algemeenheid volkomen onbruikbaar. Slechts dan is het een scherp en tot verklaring van de uitbreiding geschikt begrip, wanneer het niet anders beteekent dan „vertegenwoordiging". En men gebruikt het juist in die gevallen, waarin de procedeerende in zijn eigen naam handelt, en waarin een op zijn naam gesteld vonnis tegen derden gezag van gewijsde heeft [1]). Van vertegenwoordiging kan men immers alleen spreken, wanneer iemand handelt in plaats van een ander en in diens naam. Dus zelfs iemand, die aan den procesvoerende een opdracht heeft gegeven, is niet vertegenwoordigd, wanneer deze in zijn eigen naam handelde of procedeerde. Al hadden dus de medegerechtigden [2]) elkander een „mandat tacite" gegeven, zooals in het Fransche Recht ten onrechte aangenomen wordt [3]), dan nog zouden zij niet vertegenwoordigd zijn, indien de procedeerende in zijn eigen naam had gehandeld. Maar bovendien is een dergelijk „mandat tacite" geen „mandaat" (zie art. 1829 B. W.). Het zou dus niets anders kunnen zijn dan eene, tegenover den procedeerenden medegerechtigde afgelegde, verklaring zich aan het vonnis te

---

1) LACOSTE N°. 277.
Cette représentation se présente dans deux ordres d'hypothèses: 1°. lorsque celui auquel on oppose le jugement ou qui veut l'invoquer est l'ayant-cause de l'une des personnes qui ont figuré elles-mêmes au procès; 2°. lorsqu'une de ces personnes était son mandataire.
Voorbeelden van verkeerd begrip van „mandataire" en dus van representatie: Solidaire debiteuren. LACOSTE N°. 592—599.
GARSONNET § 1128, pag. 549—551, text en noten, die zonder haar te beantwoorden, de vraag oppert, of de debiteur zijn crediteuren „representeert", de eigenaar zijn rechtverkrijgende onder bijzonderen titel (en omgekeerd), de mede-eigenaars elkander; of de nu-propriétaire en de vruchtgebruiker, de eigenaar onder opschortende voorwaarde en die onder ontbindende voorwaarde, de „légataire universel" de legatarissen onder bijzonderen titel, de solidaire debiteuren en crediteuren, de hoofdschuldenaren en borgen elkaar wederkeerig representeeren.
Vgl. verder o. a. DEMOLOMBE t. XXX, N°. 343, AUBRY & RAU t. VIII, p. 385 en 386, LAURENT XX, N°. 102 v. v.
Vgl. ook MENDELSOHN—BARTHOLDY, pag. 56 die afleidt uit zijn — onjuiste — stelling, dat degene, die aan het gezag v. g. gebonden zijn, geen derde verzet mogen doen, dat zij, die „représentés" zijn, gebonden zijn op grond van den text van art. 474 C. d. P. C.
2) Zie ook pag. 137.
3) Het geven van dat „mandat tacite" blijkt ook uit niets. Wanneer zouden bijv. personen, die door erfenis mede-eigenaren geworden zijn, dit mandaat gegeven hebben?

willen houden. Deze verklaring zou in de eerste plaats zonder werking zijn tegenover de andere partij uit het proces: nooit kan deze tegenpartij zich krachtens die verklaring op het in het vonnis uitgemaakte beroepen tegenover dengeen die haar aflegde; en evenmin, omgekeerd, deze laatste tegenover die tegenpartij. Alleen diegenen, tusschen wie die verklaring is afgelegd, kunnen zich krachtens deze over en weer op het gedeclareerde beroepen. Maar zelfs tusschen hen bestaat geen uitbreiding van het gezag van gewijsde. Evenmin, als bijvoorbeeld in het geval, dat twee geheel willekeurige personen afspreken zich aan de interpretatie der wet, in een tusschen anderen gewezen vonnis te zullen houden. Het gebonden zijn is, in het eene geval zoowel als in het andere, krachtens overeenkomst [1]).

c. Wat van de „representatie" geldt, is ook waar voor de leer van de „afhankelijkheid". Men kan natuurlijk van derden, die aan het gezag van gewijsde van partijen gebonden zijn, zeggen, dat zij in een van dezen afhankelijke verhouding staan. Maar als grond voor uitbreiding kan dit niet gelden. Wanneer men van „de afhankelijkheid" een reden tot uitbreiding wil maken, moet men als regel stellen [2]): sommige

---

[1]) Als uitwas der representatieleer kan het „mandat imparfait", of „mandatum in meliorem causam" gelden. Sommigen, van oordeel, dat het gebonden zijn van derden aan ongunstige vonnissen onbillijk is, willen, dat die derden alleen van gunstige vonnissen gebruik mogen maken. Dat er dan eigenlijk niet van mandaat sprake is, wordt algemeen erkend. Evenmin kan negotiorum gestio die werking motiveeren, want daarvan is 1°. geen sprake als iemand zijn eigen recht wil waarnemen; en 2°. zou deze een andere werking hebben nl.: gebonden zijn bij behoorlijke procedure. Ten slotte is in procedure m. i. negotiorum gestio ongeoorloofd.

[2]) Wach, Rechtsgutachten pag. 18, 20 Abhängigkeits- oder Bedingungsverhältnis, stelt twee vereischten:
1°. dat er niet sprake is van een „Rückwirkung des Urteils", want „solche kann nur aus eigenartigen Umständen entnommen werden". En de afhankelijkheid dan! Steunt die niet op „eigenartigen Umständen"??
2°. dat het vonnis tegen den „Justus contradictor" moet gewezen zijn. Hierdoor nadert Wach weer de sub. 4 te behandelen theorie.
Wetzel, System des ordentlichen Civilprozesses 3. Aufl. 1878 pag. 579 v.v.
Keller, Litiscontestation und Urteil pag. 391.

personen hebben een van anderen afhankelijke rechtsververhouding en zijn derhalve aan het gezag van gewijsde gebonden. FAURE [1]) bijv. redeneert aldus: „de legataris is, als „afhankelijk van den erfgenaam, gebonden aan het gezag van „gewijsde van diens vonnis" en dan vervolgt hij: „er zijn meer „gevallen, waarin iemands recht of verplichting afhankelijk „is of onder den invloed staat van een der partijen in het „geding en derhalve staat of valt met de erkenning of niet„erkenning van het recht of de verplichting dier partij bij het „vonnis tusschen haar en hare eigen partij gewezen". Naar mijn bescheiden meening worden hier twee zaken verward: het ontstaan en te niet gaan van rechten, en het vaststaan van het recht. Zeker, als een testament nietig is, heeft de legataris geen recht. Maar uit het feit, dat die nietigheid tusschen twee personen onbetwistbaar is, volgt niet, dat zij werkelijk aanwezig is [2]).

d. Precies hetzelfde als met de „representatie" en de „afhankelijkheid", staat het met den „legitimus contradictor". Er is niets tegen om dengeen, die met werking tegenover anderen procedeert, legitimus contradictor tegenover deze derden te noemen; maar veel is er tegen uit iemand's positie als legitimus contradictor uitbreiding van het gezag tegen derden aan te nemen [3]). Want er is niet eens dààrvoor een algemeene

---

WINDSCHEID, Lehrbuch 7. Aufl. Bd. I § 132. § 383. Bd. III § 584 Note 19, Note 26.
FREUDENSTEIN, pag. 231.
BINDER pag. 72 (zuiver de afhankelijkheidstheorie zonder vermenging met die van den legitimus contradictor).

[1]) Deel V pag. 400 v.v., zie ook dl. III pag. 57.

[2]) Geheel iets anders is, wat HELLWIG pag. 56 aanneemt voor het Duitsche Recht, dat de wetgever in sommige gevallen het gezag heeft uitgebreid, daartoe bewogen door de materieele afhankelijkheid van het recht der derden.

[3]) WACH, Rechtsgutachten pag. 22, denkt bij afstammings-quaesties meer aan justus contradictor, maar motiveert dan weer de uitbreiding met de woorden: „notwendige Folgethatsache". Als dit waar was, zou elk proces over den status derden binden en niet alleen dat van den vader, daar men niet tot een persoon in een bepaalde familieverhouding kan staan, zonder dit tevens te doen tot diens bloedverwanten. Vgl. pag. 176.
Uitdrukkelijk verdedigd door MENDELSOHN-BARTHOLDY passim. Zie over de historie, dezelfde pag. 1—40.

regel te vinden, wanneer iemand legitimus contradictor is. En al ware dit anders, dan zou m. i. nog elke grondslag voor deze uitzonderingsbepaling ontbreken.

Legitimus contradictor is volgens de meest gangbare opinie, hij, die de voornaamste belanghebbende is [1]); volgens anderen — m. i. een consequentie van het vorige — ieder, die meer belang heeft tegenover de minder belanghebbenden; — nog weer anderen noemen het subject van een rechtsverhouding aldus [2]).

Veelal is het ondoenlijk de verschillende „belangen" af te wegen; speciaal is het onmogelijk, wanneer er ideëele belangen in het spel komen [3]).

Houdt bijv. de erfgenaam op legitimus contradictor te zijn bij eene tegen hem gerichte actie tot nietigverklaring van een testament, indien aan een legataris meer is toebedeeld dan aan hem? Op hoeveel moet men dan bijv. een opgedragen voogdij schatten? Moet het een minus of een plus zijn? Houdt de vader op voornaamste belanghebbende te zijn bij de ontkenning van wettigheid van een kind, wanneer ten gevolge der ontkenning de hoogere adelijke titel op een ander kind zou overgaan? Wordt dan de tweede zoon legitimus contradictor? Veel moeilijkheid zou ook de met een fideicommissum belaste erfgenaam opleveren. Moet soms ter berekening van zijn belang zijn sterftekans — en dus zijn leefttijd — in aanmerking genomen worden? Want niet te ontkennen is, dat de verwachter veel grooter belang bij het fideicommissum kan hebben, dan een stokoude fideicommissarius. — Maar genoeg; —

---

1) Een enkele, MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 118, die de gewone meening volgt, dat bij ontbinding van het huwelijk het gezag uitgebreid wordt tot derden, motiveert dit met de bewering, dat legimitus contradictor is.....„das Gericht".

2) Ook hij, die alleen bevoegd is over iets te procedeeren, wordt zoo genoemd. MENDELSOHN-BARTHOLDY, pag. 111, waarbij hij denkt aan „séparation de corps" en (pag. 119) aan echtscheiding. Dit heeft niets met het gezag van gewijsde te maken. (Zie Hoofdst. I). Evenmin de ontkenning van het kind door den man der moeder. Bij het toewijzend vonnis, wordt het kind zijn staat ontnomen; en door het afwijzend vonnis is de eenige persoon weggevallen, die het kind zijn staat kon doen ontnemen.

3) Dat de wetgever hieraan waarde hecht, blijkt uit art. 1955 B. W.

het eenige, waarom het ons te doen was, zal wel duidelijk zijn: de „voornaamste" of „voornamere belanghebbende" is een onbruikbaar begrip.

Niet beter staat het met de opinie van hen, die het subject of den hoofdpersoon, als legitimus contradictor beschouwen. Zij meenen, dat de erfgenaam per se legitimus contradictor is met betrekking tot legatarissen en crediteuren, dat de vader het steeds is in familiezaken, dat degeen, die eigenaar beweert te zijn, het is met betrekking tot degenen, die zakelijke rechten of reaallasten op dat goed hebben; want men kan toch niet van den eischer verlangen, dat hij alle personen, die zakelijke rechten, hypotheken [1]) of reaallasten op een erf hebben of beweren te hebben, mede dagvaart.

Dat begrip „hoofdpersoon" is echter even vaag, als dat van „voornaamste belanghebbende". En dat zou op zich zelf reeds voldoende zijn om die opvatting te verwerpen.

Maar bovendien is de motiveering ondeugdelijk. Wel is het ontegenzeggelijk een zware eisch, maar uitbreiding van het gezag van gewijsde verlicht dien maar weinig. Toch kunnen derden immers door hunne houding den eischer noodzaken nogmaals te procedeeren en hem daardoor dezelfde moeite veroorzaken, die men hem had willen sparen. Tegenover last voor dien eischer staan aan den anderen kant grove onbillijkheden voor anderen, bijv. in een eigendomsprocedure voor de zakelijk gerechtigden, in het bijzonder voor de hypotheekhouders en voor de crediteuren bijv. de huurders. Nam men die opinie aan, dan staat het in de macht van den eigenaar om door een enkel tegen hem gewezen vonnis den hypotheekhouders, vruchtgebruikers [2]), huurders enz. feitelijk de uitoefening van hunne rechten onmogelijk te maken. Niet twijfelachtig is, wat zwaarder moet wegen, en evenmin, dat die „last" geen reden is op de regels van het gezag van gewijsde een uitzondering te maken [3]).

[1]) MERLIN geciteerd bij LACOSTE N. 536 alleen voor hypotheken.

[2]) Voor de andere zakelijke rechten, behalve hypotheek, neemt men de hier verdedigde opinie algemeen aan.

[3]) Evenals men bij de representatie van „mandat imparfait" gewaagt, spreekt men bij de legitimus-contradictor-theorie van „een acceptatie

e. Enkelen zien in het feit, dat derden zich hadden kunnen voegen, een reden het gezag op hen uit te breiden. Want waarom zouden zij zich bij iemand kunnen voegen, wanneer het vonnis toch voor hen res inter alios judicata was? Men vergeet dan echter, dat er andere redenen tot voeging kunnen bestaan, bijv. dat men ter vermijding van afzonderlijke procedures zich kan voegen of ook, dat men ter wille van één der vele andere gevolgen van het vonnis belang kan hebben zich in het proces te mengen [1]).

---

als legitimus contradictor". Men heeft beweerd, dat iemand door met één van meerdere gerechtigden te procedeeren, afstand doet van zijn recht om tegen elk van hen afzonderlijk te ageeren; en dat hij daardoor verklaart zich aan het vonnis, dat tegen hem gewezen zal worden, te willen houden, ook tegenover die andere medegerechtigden. Natuurlijk kan hij door die verklaring nooit bereiken, dat ook die anderen tegenover hem aan het gezag van gewijsde gebonden zijn; zoodat deze „acceptant" alleen aan voor hem ongunstige vonnissen gebonden zou zijn. Deze leer brengt dus, evenals die van „het mandat imparfait", mede: gebonden zijn aan het gezag van gewijsde secundum eventum litis. (Deze echter bij ongunstig, gene bij gunstig vonnis). Dit acht MENDELSOHN-BARTHOLDY voldoende om haar te verwerpen; m. i. ten onrechte: in abstracto verzet niets tegen een gebonden zijn secundum eventum litis.

Maar mag uit het feit, dat die persoon zich met het proces inlaat, afgeleid worden, dat hij zich zóó aan het gezag van gewijsde wil binden? Ik zie niet in, waaruit een dergelijke intentie zou blijken. Maar zelfs als die in concreto wel eens bleek, dan zouden die derden niet aan uitbreiding van het gezag van gewijsde hun recht ontleenen, maar aan de eenzijdige wilsuiting dier partij; in een volgend proces zou uit die wilsuiting geageerd moeten worden. In geen geval is er dus sprake van uitbreiding van het gezag van gewijsde.

[1]) Men steunt zich dan op de bekende lex 63. De re judicata, die in het met toestemming procedeeren aanleiding vond het gezag uit te breiden

Macer libro II de appellationibus: Saepe constitutum est res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiam si contra ipsos judicatum sit, nihil nocet. nam scientibus nihil praejudicat, veluti si ex duobus heredibus creditoris alter condemnatur: nam alteri integra defensio est, etiamsi cum coheredi suo agi scierit. item si ex duobus petitoribus alter victus acquieverit, alterius non praejudicatur: idque ita rescriptum est.

Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio sibi competit sequentem agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de propietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae: et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt.

Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet,

f. In de nieuwere litteratuur treft men ten slotte nog een opvatting aan, die er op het eerste gezicht zeer betrouwbaar uitziet, even betrouwbaar, als de uitkomst van eene vergelijking, waarbij men zonder er op te letten door nul gedeeld heeft.

PLANCK en, in navolging van hem, MENDELSOHN-BARTHOLDY zeggen [1]): het vastgestelde is objectief recht tusschen partijen [2]).

Niemand kan het bestaan van het gezag van gewijsde, en derhalve van die verhouding tusschen partijen, loochenen. Telkens dus, wanneer derden over die tusschen partijen bestaande verhouding procedeeren, kunnen zij zich op dat gezag beroepen. Het schijnt werkelijk, dat er geen speld tusschen te steken is [3]). Zeker, ieder moet die tusschen partijen bestaande verhouding erkennen en kan er zich dus op beroepen. Maar dat beroep kan derden nooit baten of schaden, omdat de verhouding, door het gezag van gewijsde tusschen partijen ontstaan, slechts deze is, dat het voor hen over en weer onbetwistbaar

---

illa ratio est quod qui scit coheredem suum agere, prohibere eum, quominus uti velut propria actione vel defensione utatur, non potest: is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est. nam etsi libertus meus me interveniente servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur. Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico: nam quamvis contra Titium me sciente judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior, quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere quo minus jure suo utatur, sicuti et de coherede supra diximus.

Zie over de litteratuur dezer plaats: BINDER, pag. 25.

Deze lex was lang de spil, waarom de leer der subjectieve grenzen draaide. „Tout le monde reconnait aujourd'hui qu'il faut la rejeter." Tissier no. 102.

[1]) Vgl. ook WACH, Rechtsgutachten, pag. 9, die dan echter weer overhelt tot wijziging van het materieele Recht. ECCIUS met instemming citeerend, zegt hij: „dass die fragliche Rechtsbeziehung nunmehr zwischen jenen Parteien existiert".

Ist zwischen A und B ein Mietverhaltnis verneint, so existiert es slechthin nicht.

En verder omtrent de zaak waarover hij het Rechtsgutachten geeft: (door het den eisch van den Staat afwijzende vonnis, is) dem Staate gegenüber der Herr VON MYSLOWITZ-KATTOWITZ Privatregalherr.

[2]) De eerste: Kommentar zum B.G.B. pag. 41; de tweede: pag. 425.

[3]) Zie boven pag. 16.

is, dat een feit of toestand zoo is, als in het vonnis is uitgemaakt. Wat baat het echter een derde, of hij er zich op beroept, dat iets voor een ander onbetwistbaar is?

2. De gevallen, waarin van uitbreiding van het gezag van gewijsde gesproken wordt.

Nu geen der algemeene regels voor uitbreiding deugdelijk bevonden is, blijft ons niets anders over dan te onderzoeken, of er soms aanleiding bestaat in sommige op zich zelf staande gevallen, het gezag van gewijsde tot derden uit te breiden. Wij doen dan, naar het mij voorkomt, het best door gevallen, waarin van uitbreiding van het gezag van gewijsde tot derden sprake is, op te sommen, om ze vervolgens één voor één aan een onderzoek te onderwerpen.

Behalve het vroeger reeds vermelde geval, dat de subjecten van een zelfstandig vermogen gebonden zijn aan het gezag van gewijsde van de vonnissen, gewezen voor en tegen den beheerder van dat vermogen [1]), komen nog in aanmerking:

1. de gevallen, waarin iemand rechtverkrijgende is;
2. waarin iemand tot vrijwaring gehouden is;
3. de vonnissen in statuszaken;
4. de vonnissen in erfeniszaken tegen den erfgenaam gewezen;
5. de vonnissen van den hoofddebiteur tegenover de borgen.

[1]) Door het vroeger reeds gezegde kunnen vele gevallen verder buiten bespreking blijven, die gewoonlijk wel genoemd worden: 1°. alle diegene, waarin de materieele verhouding gewijzigd wordt; Wach, Rechtsgutachten, pag. 11 bijv. noemt als „Gründe" tot uitbreiding o. a. „die sog. Konstitutive Kraft des Urteils"; 2°. diegene, waarin geen objectieve identiteit bestaat (mede-eigendom, solidaire verbindtenis enz.) zie pag. 137; die, waarin slechts sprake is van de werking der executie, speciaal de rangregelingen, zie pag. 17 en 41 3°. de gevallen, waarin andere gevolgen van het vonnis derden treffen. Daarvan was reeds in het Eerste Hoofdstuk sprake.

[1]) Daarover is bij „vertegenwoordiging" gehandeld.

I). Rechtverkrijgenden.

A). Rechtverkrijging in het algemeen.

1). Hoewel dit nergens uitdrukkelijk gezegd wordt, kan men met zekerheid zeggen, dat — althans sommige — rechtverkrijgenden aan het gezag van gewijsde van hunne auteurs gebonden zijn. Vóór wij dit nader kunnen uiteenzetten, moeten we eerst vragen, wie het zijn, hoewel dit een vraag van materieel recht is. Zonder daarvan een vast begrip te hebben kan men de vele vragen m. i. niet behoorlijk ontwikkelen.

Tot aan bewijs van het tegendeel mag men stellig aannemen, dat, wanneer men zegt: rechtverkrijgenden zijn aan het gezag van gewijsde gebonden, die uitdrukking hier geen andere beteekenis heeft dan in het materieele recht: degenen, die in de rechtsverhouding zijn opgevolgd of die een recht van een ander verkregen.

De verschillende Fransche en Nederlandsche schrijvers schijnen in de leer van het gezag van gewijsde echter aan die uitdrukking een bijzondere beteekenis toe te kennen, zonder dat zij het de moeite waard achten die nader aan te duiden, of zelfs maar te kennen te geven, dat zij van het begrip in het materieele recht afwijken. Zij achten bijv. iemand, die met den in een eigendomsprocedure overwonnen gedaagde een koopcontract aanging over het goed, waarvan dezen de eigendom ontzegd was, als „rechtverkrijgende" aan dat vonnis gebonden, terwijl het zeer mogelijk en zelfs het meest waarschijnlijk is, dat die derde geen rechtverkrijgende is, omdat de gedaagde den eigendom niet had. Maar in elk geval ligt steeds aan het beroep op gezag van gewijsde tegen dien derde de gedachte ten grondslag: gij zijt geen rechtverkrijgende. Omgekeerd ook aan het beroep van dien derde, wanneer de overwinnaar van zijn „would-be" auteur het proces tegen hem zou willen herhalen, het denkbeeld: ik ben geen rechtverkrijgende [1]).

[1]) Later zullen wij zien, dat evenals rechtverkrijgenden ook den „hypothetisch" rechtverkrijgenden gebonden zijn; zie pag. 161.

Het is niet onwaarschijnlijk, dat deze auteurs met SCHULTZE[1]) (in zijn „Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die „Rechtsnachfolger") van meening zijn, dat de derden dan rechtverkrijgenden zijn, wanneer de nieuwe vordering afgezien van het feit, dat de verandering van subject te weeg brengt, op denzelfden grond (Thatbestand) berust, „welcher „für die Forderung des ursprünglichen Gläubigers die notwen„dige Grundlage abgegeben hat und in dem Urteil festgestellt „worden ist".

Deze opvatting is niet reeds daarom onjuist, omdat, zooals HELLWIG beweert[2]), de gronden of „Thatbestand" geen gezag van gewijsde hebben. Immers: ook al hebben zij dit niet, dan belet dit toch niet, dat men weten kan, op welke gronden de partij zijn recht steunde: door de van het vonnis opgemaakte authentieke akte is dat gemakkelijk na te gaan.

Er is echter een ander onoverkomelijk bezwaar: aangezien, het zeker is, dat de oorspronkelijke partij zich soms in een later proces ook niet op andere gronden dan de aangevoerde mag steunen, is er geen reden, iemand alleen dan als rechtverkrijgende te beschouwen, die zich op dezelfde gronden als de vroegere partij steunt[3]). Als bijv. de auteur, die een eigendomsactie op grond van koop instelde, met dien eisch is afgewezen, omdat het te niet gaan van zijn eigendomsrecht is aangetoond, dan kan hij ook geen enkelen anderen „grond" meer aanvoeren. Waarom zou nu alleen hij als rechtverkrijgende te beschouwen zijn, die beweert, dat die voormalige eischer het goed door koop verkreeg en niet hij, die beweert, dat deze het door erflating verkreeg?

Wij houden ons dus aan het begrip in het materieele recht: rechtverkrijging bestaat dan, wanneer een derde in iemands rechtsverhouding opvolgt of aan hem een recht ontleent[4]);

---

[1]) pag 38 en 39.

[2]) Andere schrijvers hebben ook een bijzondere opvatting, zonder het criterium echter nader aan te geven. GAUPP-STEIN bijv. die bij § 265 en § 325 den geëndosseerde als rechtverkrijgende beschouwt, maar hem in Bem. III, 1 bij § 445 die qualiteit ontzegt.

[3]) pag. 97.

[4]) Vergeet men, zooals HELLWIG, dit laatste, dan vallen alle personen er buiten, die een tot dusverre niet bestaand recht verkregen; bijv. alle schuldeischers.

a. hetzij krachtens een rechtshandeling, bestemd tot overdracht of tot verleening van een recht; [1])

b. hetzij krachtens een handeling van een der organen van den staat, die hetzelfde beoogt; [2])

c. hetzij krachtens elk ander feit, waaraan de wet een overgang of ontstaan van recht vastknoopt [3]).

Het recht van den rechtverkrijgende kan, maar behoeft niet identiek te zijn met dat van den auteur [4]); van identiteit zou men ook alleen dan kunnen spreken, indien slechts eenvoudig het subject een ander wordt [5]). Maar reeds dan, wanneer de rechtsverhouding van den rechtverkrijgende geheel gelijk is aan die van den auteur, doch deze laatste medegerechtigde blijft, is er geen sprake van, dat het recht van den rechtverkrijgende, het recht van den auteur is. Nog veel minder is dit het geval bij constitutieve of restitutieve rechtverkrijging.

Het karakteristieke ligt dus niet in identiteit, maar in den band, die tusschen die beide verhoudingen gelegd wordt, door de rechtshandeling, de handeling van den Staat of door eenig ander feit.

2). Het zou ons te ver voeren de vraag, wanneer men van rechtverkrijging mag spreken, nader te onderzoeken: deze vraag kunnen wij verder aan anderen overlaten.

Maar één groep rechtverkrijgenden vergt dringend bespreking; er bestaat nl. een groep rechtverkrijgenden, van wie men gewoonlijk zegt: „dat ze geacht worden geen rechtverkrijgenden te zijn". Nochtans zijn ze het m. i. wel degelijk.

De rechtverkrijging wordt, naar mijn bescheiden meening, nl. niet uitgesloten, doordat sommigen, krachtens van te voren gemaakte bepalingen of krachtens vernietiging eener

[1]) Het is niet noodzakelijk, dat het de gerechtigde is, die beschikt. Zie pag. 169.

[2]) Executie door deurwaarder of door rechtbank (of notaris) verbeurd verklaring van in beslag genomen goederen, krachtens strafrecht of als politiemaatregel.

[3]) Subrogatie; rechtmatige en onrechtmatige daad; de gevallen, waarin de wet bepaalt, dat iets geacht wordt niet overgegaan te zijn. Zie pag. 155.

[4]) Binder o. a., pag. 13, ziet dit over het hoofd.

[5]) Verwisseling van eigenaar, bijv.

rechtshandeling, in goederen of rechten treden moeten, zonder dat de rechthebbende dit mag verhinderen. Wij denken aan erfgenamen over de hand (fideicommissum), aan hen, op wie het recht door de vervulling der ontbindende voorwaarde, of door vernietiging of inroeping der nietigheid van de rechtshandeling, krachtens welke de voorganger bezat, is overgegaan.

De vraag of deze personen aan het gezag van gewijsde gebonden zijn, heeft tot veel verschil van gevoelen aanleiding gegeven. Door hen, zooals het m. i. betaamt, als rechtverkrijgenden te beschouwen, worden de gewone regels betreffende rechtverkrijgenden toepasselijk en verdwijnen de twistvragen [1]).

a). Men kan wel zeggen, met het oog op het vervallen van de op het goed gelegde zakelijke rechten en der beschikkingen, dat degeen, die het met een f i d e i c o m m i s s u m belaste goed, als verwachter verkrijgt, rechtverkrijgende is van den erflater en niet van den bezwaarden erfgenaam; maar dit is niets anders dan een uitdrukking, een fictie. In werkelijkheid gaat het goed wel degelijk over. Het goed is eerst in handen van den éénen erfgenaam en daarna in dat van den anderen: deze laatste krijgt het in den toestand, waarin het zich bij dengeen, die het vóór hem had, bevond. Is een gedeelte vervreemd, dan krijgt de verwachter het zonder het vervreemde gedeelte; soms heeft hij het recht de vervreemding te doen vernietigen, (bij onroerende zaken n.l.); maar niet eens altijd: bij roerende zaken mist hij zelfs dat recht. Daarom moet men zeker aannemen, dat van den bezwaarden erfgenaam het recht op den verwachter overgaat, dat deze laatste dus de rechtverkrijgende van den eerste is [2]).

---

[1] Zie Lacoste n. 582.

[2]) Vóór dien tijd hebben zij geen enkel recht op die zaak: zij hebben niet — zooals de beslagleggers — een soort pandrecht, ontstaande tegelijk met het recht van den bezwaarden erfgenaam; dat kan reeds daarom niet, omdat die later geroepenen, nog niet geboren behoeven te zijn; iemand kan toch niet geacht worden 50, misschien 60 jaar of nog langer vóór zijn geboorte een pandrecht gekregen te hebben. In landen, waar het fideicommissum nog in zijne oude gedaante bestaat, komt de onmogelijkheid nog veel meer uit. Daar zou dat pandrecht over honderden en honderden jaren moeten loopen

b). Gewoonlijk neemt men aan, dat door de vervulling der ontbindende voorwaarde of het afloopen van den eindtermijn, de auteur, op wien het recht terugvalt, geen rechtverkrijgende wordt. Nemen wij het meest gewone geval, dat iemand onder ontbindende voorwaarde over zijn eigendom beschikte of een vorderingsrecht cedeerde. Eén ding is zeker, en wel, dat de verkrijger gedurende het loopen van den termijn gerechtigde is en dat na afloop de vroegere auteur weer gerechtigd is. Waarom zou deze dan geen rechtverkrijgende zijn van dien tusschentijds gerechtigde? Toch zeker niet, omdat hij reeds eigenaar geweest is.

Evenmin kan een overgang van recht daarom ontkend worden, omdat hij ipso jure intreedt. Uit het feit, dat er bij onroerende goederen geen overdracht noodig is, volgt dit niet: dit was evenmin noodzakelijk bij het constitutum possessorium of de traditio brevi manu en toch ging daar een recht over. Doordat de rechtsovergang ipso jure plaats grijpt, wordt het den vroegeren auteur mogelijk reëele executie te doen.

De motieven van B. G. B.[1]) schijnen hierin den reden te vinden, dat „der Grund des späteren Erwerbs bereits, durch „das bedingte Geschäft in unverrückbarer Weise gelegt ist." Maar dan moet men bij de opschortende voorwaarde tot dezelfde conclusie komen, want de positie van hem, die het recht zal krijgen na vervulling der opschortende voorwaarde, is volkomen gelijk aan die van dengene, die het na vervulling der ontbindende voorwaarde zal verkrijgen. Aangezien nu bij de opschortende voorwaarde door de vervulling zeker rechtverkrijging plaats vindt, moet dit ook bij de ontbindende het geval zijn[2]).

Nu zegt de wet wel in Art. 1301 B. W., dat de ontbindende

---

en door elk familielid voorwaardelijk door geboorte verkregen moeten worden, met terugwerkende kracht tot aan den dag van het openvallen der nalatenschap (of verleening van het fideicommissum).

[1]) Mot. B. G. B. Bd. 5, pag. 118. Anders Mot. B. G. B. Bd. I, pag. 378.

[2]) Zie van Ossenbruggen, „Eenige opmerkingen over het begrip der voorwaarde", Dissertatie 1893, pag. 96 en Asser en van Heusde dl. III pag. 47.

voorwaarde „de zaken weder in den vorigen stand doet terugkeeren, evenals of er geen verbindtenis bestaan had". Men zou nu misschien geneigd zijn te zeggen, dat dus ook de inmiddels gevelde vonnissen hun kracht verliezen. Dit is echter niet de bedoeling: die woorden willen niet meer zeggen, dan dat de beschikkingen en bezwaringen verboden zijn en dat deze vervallen door het intreden der ontbindende voorwaarde. Verder gaat die fictie niet. Ontegenzeggelijk zullen materieele handelingen, die den vroegeren auteur niet benadeelen, van kracht blijven, zoo bijv. de in gebreke stelling van hun debiteur, de verhooging van renten, het verkrijgen van pand of hypotheek, de stuiting der verjaring enz. Daaruit blijkt dus, dat die fictie niets meer is dan een uitdrukking, om aan te geven, dat de beschikkingen en bezwaringen vervallen. En daaruit volgt niets omtrent de gevelde vonnissen: daarvoor bestaat een te groot verschil tusschen beschikken en procedeeren, al is het maar, dat het eerste nooit, het tweede dikwijls noodzakelijk is.

Geen rechtverkrijging echter heeft plaats, wanneer de auteur onder ontbindende voorwaarde een recht verleend heeft, dat niet zelfstandig kan bestaan naast het recht, dat hij behield. Wordt de ontbindende voorwaarde vervuld, dan is de auteur geen rechtverkrijgende: heeft bijv. de auteur onder ontbindende voorwaarde, een hypotheek, vruchtgebruik, servituut, erfpacht enz. verleend, dan gaan die rechten door vermenging te niet. Evenzoo wanneer een huurovereenkomst onder een dergelijke voorwaarde is aangegaan.

c. De mogelijkheid van vernietiging en van nietigverklaring is te vergelijken met de ontbindende voorwaarde.[1])

Het zou ons veel te ver voeren, na te gaan, wanneer het een, wanneer het ander gebeurt. Maar wij stellen ons voor, dat beiden in ons recht voorkomen[2]).

---

[1]) Ook zijn met de ontbindende voorwaarde te vergelijken het recht van wederinkoop en herroeping van een schenking.

[2]) Anders Van Hamel. De leer der nulliteiten in het Burgerlijk Recht. Het verschil tusschen deze beiden uit zich niet in het al of niet bestaan van terugwerkende kracht, maar m.i. hierin: door vernietiging wordt de rechtsverhouding opgeheven en die materieele rechtswijziging is door ieder te erkennen. Maar het vonnis, dat de

Wordt het bestaande recht vernietigd, dan treden de auteurs in hunne rechten terug en is hunne positie geheel gelijk aan die van den auteur na de vervulling der ontbindende voorwaarde.

Wordt een handeling verstaan nietig te zijn, dan wordt tusschen partijen onbetwistbaar, dat zij geen recht hadden. Tusschen hen kan er dus geen sprake zijn van overgang van recht. Maar derden zijn niet aan dat declaratoir gebonden en kunnen derhalve tegenover elk der partijen volhouden, dat de rechtshandeling volkomen geldig was en dat er in werkelijkheid, wel degelijk tweemaal overdracht van recht heeft plaats gehad; en dat dus de oorspronkelijke auteur thans als rechtverkrijgende aan het gezag van gewijsde van den ander gebonden is.

De practische gevolgen dezer opvatting voor het gezag van gewijsde zijn deze: terwijl gewoonlijk de schrijvers de verwachters van het met een erfstelling over de hand bezwaarde goed en degenen, op wie het recht krachtens ontbindende voorwaarde of krachtens vernietiging of nietigverklaring terug valt, niet gebonden achten, moeten wij aannemen, dat zij als rechtverkrijgenden — (van wie wij beneden zullen aantoonen, dat zij door het gezag van gewijsde getroffen worden) — gebonden zijn aan het gezag van gewijsde. Maar, wanneer door een ongeoorloofde beschikking of op eenigerlei andere wijze hunne rechten benadeeld zijn, hebben zij recht derden verzet te doen. [1])

B). Grond en omvang van de uitbreiding van het gezag van gewijsde tot rechtverkrijgenden.

Nu wij dus weten, wie rechtverkrijgenden zijn, kunnen wij tot de vraag zelve, de uitbreiding van het gezag van gewijsde tot rechtverkrijgenden, overgaan.

---

vernietiging weigert is een declaratoir vonnis, dat alleen gezag van gewijsde tusschen partijen heeft.

Het vonnis, dat verstaat, dat iets nietig is, heeft alleen tusschen partijen gezag van gewijsde. Wordt bij uitzondering het gezag van gewijsde op derden uitgebreid (zooals bijv. in statuszaken) dan heeft zoowel het toewijzend als het afwijzend vonnis gezag van gewijsde tegenover ieder.

[1] Zie pag. 131 noot 4.

Vrij wel algemeen hoort men: rechtverkrijgenden zijn aan het gezag van gewijsde der vonnissen van hunne auteurs gebonden.

Toch is die regel zoo gesteld niet juist: aan den eenen kant, is hij onvolledig, aan den anderen kant veel te algemeen.

a). Behalve de rechtverkrijgenden zijn ontegenzeggelijk ook zij aan het gezag van gewijsde gebonden, die het recht van den auteur verkregen zouden hebben, als deze het had gehad. Van deze personen spraken wij reeds vroeger terloops, toen wij het begrip „rechtverkrijgende" onderzochten (pag. 152). Het daar gezegde behoeft hier nog slechts met een enkel voorbeeld toegelicht te worden.

Wanneer bijv. een pretendent-eigenaar na verlies van zijn proces aan een ander zijn „eigendom" overdraagt, kan de overwinnaar zich tegen dien anderen persoon op het gezag beroepen. Maar hij kan zich daarbij niet op rechtverkrijging steunen. Zijn bewering moet immers juist zijn: gij zijt geen rechtverkrijgende en daarom juist aan het gezag gebonden. Zoo kan omgekeerd ook die andere persoon zich er op beroepen, wanneer de overwinnaar tegenover hem den eisch zou willen herhalen; ook zijn bewering zal zijn: ik ben geen rechtverkrijgende.

Hetzelfde geldt bijv. voor een erfgenaam, wanneer de voormalige eischer van hem een inschuld opvordert, nadat zijn eisch tegen den erflater ontzegd was. Niet als passief rechtverkrijgende van die schuld kan hij dien eisch niet ontvankelijk doen verklaren; hij ontkent juist de mogelijkheid van rechtverkrijging.

Als regel meenen wij dus te mogen formuleeren, dat, behalve de werkelijk rechtverkrijgende, ieder aan het gezag van gewijsde gebonden is en zich daarop mag beroepen, die als rechtverkrijgende aangesproken wordt of zelf in die qualiteit ageert, ook al is het recht niet op hem overgegaan. Zeer karakteristiek worden dezen door HELLWIG „hypothetische Rechtsnachfolger" genoemd [1]).

b). Evenmin is het waar, dat alle rechtverkrijgen-

---

[1]) Subj. Gr. pag. 137.

den gebonden zijn. Het kan niet onverschillig zijn, wanneer iemand het recht gekregen heeft: men is bijv. zeker niet gebonden aan het gezag van gewijsde van een vonnis gewezen tegen zijn auteur, 10 jaar, nadat men het recht verkreeg [1]).

Aan den anderen kant kan er geen twijfel bestaan, dat niet elke rechtverkrijgende, die gebonden is, aan alle vonnissen van zijn auteur gebonden is. De rechtverkrijgende van een onroerende zaak, heeft stellig niets te maken met vonnissen, die andere onroerende zaken betreffen.

Daarom is een dubbele onderscheiding aangewezen: 1) naar gelang van het tijdstip van rechtverkrijging en 2) naar gelang daarvan, of de acquisitie onder algemeenen of onder bijzonderen titel plaats greep.

Aan het eind dier beschouwingen zullen wij nog de vraag moeten beantwoorden, of er gevallen bestaan, waarin van de gewone regels wordt afgeweken.

1). Welke rechtverkrijgenden zijn gebonden en dan aan welke vonnissen?

a). Rechtverkrijging **na** het proces.

α. De rechtverkrijgenden onder algemeenen titel zijn zeker gebonden aan het gezag van gewijsde van vonnissen vóór hunne rechtverkrijging gewezen. Van de erfgenamen wordt in art. 880 B. W. bepaald, dat zij in alle rechten en rechtsvorderingen van den overledene intreden. Lettende op de ruime bewoordingen van dit artikel, doet men zeker niets ongeoorloofds, wanneer men onder „rechtsvorderingen" niet alleen acties, maar ook alle materieele procesrechten — waaronder het recht zich op het gezag van gewijsde te beroepen —

---

[1]) HELLWIG pag. 129. Zij, die in het gezag een wijziging van het materieele recht of een accessoir van dat recht zien, kunnen deze verschijning m. i. niet verklaren.

Evenmin kan een beroep op art. 1351 B. W. — „men verbindt zich voor zich en zijn rechtverkrijgenden" — deze verschillen verklaren; Zie pag. 140.

begrijpt [1]). Het gebonden zijn der erfgenamen volgt bovendien ook uit art. 441 Wetb. v. Burg. Rechtsv., dat aan de erfgenamen een recht op hooger beroep toekent [2]).

Deze bepalingen uit te breiden op alle rechtverkrijgenden onder algemeenen titel, ligt voor de hand [3]).

Wanneer er slechts één rechtverkrijgende onder algemeenen titel bestaat, is het natuurlijk, dat hij aan het gezag van gewijsde van alle vermogensrechterlijke [4]) vonnissen van zijn auteur gebonden is. Maar het is ook niet anders, wanneer er meerderen zijn. Krachtens het vroeger gezegde [5]) is het immers niet noodig, dat het materieele recht is overgegaan; ieder, die in de qualiteit van rechtverkrijgende aangesproken wordt, kan een beroep doen op het gezag van gewijsde. Is bijv. iemands schulvordering tegenover den erflater ontzegd, dan kan elk der erfgenamen zich op het gezag van gewijsde van dat vonnis beroepen. Omgekeerd kan iemand, wanneer

---

[1]) BINDER, pag. 12, stelt de vraag of hier geen cirkelredeneering plaats heeft: immers alleen „die Rechte und Einreden" gaan over, die „übertragbar" zijn en het is juist de vraag of het gezag van gewijsde dit is: op grond der historie kunnen wij dit laatste bevestigend beantwoorden.

[2]) Tot dit resultaat komen voor zoover mij bekend alle schrijvers, vgl. LACOSTE No. 482 en de daar geciteerden. Zie nog MENDELSOHN—BARTHOLDY, pag. 130: „ist nicht bestritten".

[3]) Bijv. legatarissen onder algemeenen titel (art. 1004 B. W.), (dat zijn zij, die alle goederen van zekere soort, bijv. alle roerende of alle onroerende goederen, of het vruchtgebruik van alle of een deel der goederen verkregen); — begiftigden onder algemeenen titel; zij, die krachtens huwelijksche voorwaarden onder algemeenen titel ontvangen; echtgenooten in gemeenschap van goederen gehuwd; de leden, die in de goederen van een ontbonden zedelijk lichaam opvolgen (art. 1702 B. W.).

Vgl. bijv. BAUDRY-LACANTINERIE II, No. 1292, pag. 922. Deze, eenige der bovengenoemde gevallen niet vermeldend, noemt ook de créanciers chirographaires, zie beneden pag. 166.

Zie over de, met eene erfstelling over de hand bezwaarde, erfgenamen, pag. 155, boven.

MENDELSOHN-BARTHOLDY acht ook de werkelijke erfgenamen gebonden door de beslissing van den „héritier apparent", omdat deze legitimus contradictor zou zijn. Zij kunnen m.i. dan slechts gebonden zijn, als ze rechtverkrijgenden zijn, quod nego.

[4]) Niet in de familierechtelijke, want de erfenis omvat uitsluitend het vermogen. — De statusvonnissen vallen daar dus buiten, maar daarvoor heeft men de bepaling van 1957 B. W. — Zie pag. 176.

[5]) Pag. 159.

hij het proces tegen den erflater gewonnen heeft, zich tegenover alle erfgenamen op het gezag van gewijsde steunen [1]) [2]).

β. Dat ook de rechtverkrijgenden onder bijzonderen titel aan het gezag onderworpen zijn, bepaalt de wet — voor zooverre mij bekend — nergens [3]). Toch moet het op grond der historie als vaststaand beschouwd worden. [4])

---

[1]) DEMOLOMBE XXX No. 347. AUBRY en RAU VIII p. 373. Zie ook MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 131; hij echter leidt dit algemeen gebonden zijn hieruit af, dat het gezag geen „Accession des Streitsache" is: logisch doorredeneerend moet men dan aannemen, dat ook de rechtverkrijgende onder bijzonderen titel aan alle vonnissen gebonden is.

[2]) Natuurlijk is hij alleen gebonden in zijn qualiteit van rechtverkrijgende. Persoonlijk kan hij nog volkomen vrij zijn, bijv. respectievelijk als erfgenaam van den hoofddebiteur en als borg. — Zie hierboven pag. 138.

Onjuist is HELLWIG pag. 147, als hij beweert, dat er geen objectieve identiteit bestaat, wanneer de borg na den hoofdschuldenaar procedeert. Zie pag. 179.

[3]) Een beroep op art. 1351 B. W. = 1122 Code Civil gaat ook hier natuurlijk niet op; zie noot [1]) pag. 160. Anders o. a. LAROMBIÈRE ad 1351 no. 103. LACOSTE no. 479; juister: MENDELSOHN—BARTHOLDY pag. 134, die zich terecht verzet tegen analogie of toepassing van het materieele recht.

Onjuist ook BINDER pag. 14; en Zutphen 23 Dec. 1888. „De kooper van een onroerend goed is dezelfde persoon als de auteur".

[4]) Buiten ons onderwerp ligt de vraag van materieel recht, op welk oogenblik iemand rechtverkrijgende wordt. Wij willen dit daarom niet in den breede nagaan, maar er hier alleen op wijzen, dat het niet noodig is, dat het recht van den voorganger volledig op den rechtverkrijgende is overgegaan: ieder is rechtverkrijgende, aan wien een recht verleend is, en dit recht behoeft volstrekt niet zakelijk te zijn, maar het moet betrekking hebben op een bepaalde zaak. Ook bijv. de huurder is rechtverkrijgende.

Met dit voor oogen willen wij op enkele betwiste vragen wijzen.

1. Zoo vraagt men, wanneer een hypotheekhouder rechtverkrijgende wordt? en wanneer iemand, aan wien de schuld gecedeërd is? — Dit ruime begrip van rechtverkrijging aanvaardend, kan men niet anders dan aannemen, dat deze personen onmiddellijk door de verleeningen of door de cessie rechtverkrijgenden worden.

Veel moeielijkheid leverden nog op de gevallen van beslag, opschortende voorwaarde en de „Schwebende Wirksamkeit".

2. Door beslag kan de beschikkingsbevoegdheid ontnomen worden. Maar daardoor krijgt de beslaglegger onmiddellijk een recht op de zaak, dat zeer veel van een pandrecht heeft. Krachtens dat beslag heeft hij, als het een executoir beslag is, het recht de in beslag genomen goederen te verkoopen; is het slechts conservatoir, dan kan hij althans de vervreemding beletten en zal hij later het recht tot verkoop krijgen of tot inning (behalve bij revindicatoir beslag); hun recht op die zaak is dus antérieur aan alle procedures, sedert het beslag begonnen is. Anders HELLWIG, die aanneemt, dat zij eerst, nadat de

Evenmin kan het m. i. aan twijfel onderhevig zijn, dat dezen niet aan alle vonnisen van hun auteur gebonden zijn, maar slechts aan diegenen, die betrekking hebben op zaken, waarin zij zijn opgevolgd of zouden zijn opgevolgd.

b). De rechtverkrijging heeft **tijdens** het proces plaats gevonden of **tusschen twee instanties** van dezelfde procedure.

α. Gewoonlijk wordt bij overgang van recht tijdens het proces, de procedure niet geschorscht. Slechts dan, wanneer door overlijden van de partij het recht overgaat, moet dit gebeuren, art. 254, 1° Wetb. v. Burg. Rechtsv. In alle andere gevallen van rechtsovergang — en dus a fortiori van rechtsverleening — blijft de auteur voortgaan te procedeeren. Het vonnis wordt dan op zijnen naam gesteld en hij is als elke andere „partij" aan het gezag van gewijsde gebonden.

overdracht plaats heeft gehad, rechtverkrijgenden zijn. Zeker gaat — als dat gebeurt — eerst dan het recht over, maar dat belet niet, dat men reeds vroeger een ander recht van minderen omvang verkreeg. In de gevallen, waarin de beslaglegger de zaak vervreemdt, zou hij anders nooit rechtverkrijgende worden.

3. Opschortende voorwaarde en begintermijn. Het recht gaat slechts over of ontstaat, wanneer de voorwaarde vervuld en de termijn is aangebroken. Wie onder voorwaarde of tijdsbepaling beschikt heeft, blijft gerechtigde, al wordt zijn beschikkingsmacht ingekort met het oog op de belangen van den voorwaardelijk rechtverkrijgende. Dit is m. i. de zin van de bepaling, dat de rechtverkrijging geacht wordt geschied te zijn, op het oogenblik van het aangaan der overeenkomst (art. 1279). Dat zij een onjuiste fictie is, kan wel als communis opinio gelden, vooral sedert Van Ossenbruggen, l. c. pag. 96, dit heeft aangetoond. Maar hoe het ook zij, in elk geval kan die bepaling geen betrekking hebben op procedeeren; want dan zou er gedurende een, somtijds zeer lange periode niemand zijn, die definitief over die zaak kon procedeeren. Al kan men zeer goed de steeds overbodige „beschikkingen" verbieden, met de soms strikt noodzakelijke procedures kan men niet zoo handelen. Vgl. ook het boven over de ontbindende voorwaarde gezegde (pag. 167).

4. Met de opschortende voorwaarde is het geval te vergelijken, dat het onzeker is of de handeling werking zal hebben of niet, bijv. indien, nadat beslag is gelegd, een niet gerechtigde beschikt heeft. Wordt het beslag van onwaarde verklaard, wordt de handeling van den niet gerechtigde goedgekeurd (ratihabitio), dan verkrijgt zij werking; in het tegenovergestelde geval niet. Het recht gaat eerst daardoor over; vóór dien blijft de auteur gerechtigde. Men heeft wel op grond van de terugwerkende kracht dier handelingen het tegendeel beweerd, maar hiervan moet hetzelfde gelden als van de terugwerkende kracht bij de voorwaarden.

Maar niet alleen hij, ook zij, die het recht tijdens de procedure verkregen, zijn aan het gezag van gewijsde onderworpen. Niet dat, zooals in het Duitsche Recht (C. P. O. § 265), onze wet dit uitdrukkelijk bepaald heeft. Integendeel: het is slechts af te leiden uit den regel, dat het vonnis geacht wordt geveld te zijn, op het oogenblik der dagvaarding. Wel is die regel niet zoo algemeen, als men somtijds wil doen voorkomen[1]), maar hij betreft juist het declaratoir gedeelte van het vonnis. Dit declaratoir wordt geacht gegeven te zijn op het oogenblik van het begin van het proces. Daarom is deze rechtverkrijging geheel gelijk te stellen met diegene, die na het proces plaats greep [2]) [3]).

Maar natuurlijk kan dezen derden het recht niet ontzegd worden zich te voegen; en evenmin om, wanneer zij in hunne rechten benadeeld zijn, derden verzet te doen.

β. Iemand, die tusschen twee instanties rechtverkrijgende wordt, is als zoodanig aan het gezag van gewijsde van het eerste vonnis gebonden. Wanneer het recht is overgegaan moet de auteur m.i. bevoegd geacht worden in hooger beroep of cassatie enz. te gaan. Is er slechts een recht verleend, dan is de auteur zeker bevoegd. Maar bevoegd of niet, hij heeft desniettegenstaande de m a c h t te procedeeren; en heeft hij van haar ten onrechte gebruik gemaakt, dan heeft het vonnis geheel hetzelfde gezag, alsof hij dit terecht deed. En dan moet het gezag van gewijsde hebben tegenover diengene, die tusschen de twee instanties rechtverkrijgende werd. Want: òf het eerste vonnis wordt bevestigd en dan blijft het gezag van het eerste vonnis, waaraan deze gebonden is, in stand; òf het wordt vernietigd en dan treedt het tweede in de

---

Speciaal niet voor de opzettelijke rechtswijzigingen, zie p. 9.

[2]) Anders La Cour de Cassation, Tissier, N°. 101; Lacoste 488, 493 meent, dat de Rétroactivité niet voldoende is en dat tevens moet aangetoond worden, dat de „auteur a continué de r e p r é s e n t e r l'acheteur."

Sommigen onderscheiden, al naarmate het proces al of niet bekend is geweest en spreken van mandat tacite, Parijs 23 Août 1855 Cour de Cassation S. 59, 1, 417.

[3]) In resultaat overeenstemmende o.a, Marcadé N°. 11, Aubry et Rau t. 8 § 769 Pothier N°. 395.

plaats van het eerste en wordt ook dan geacht op het oogenblik der eerste dagvaarding gewezen te zijn.

Maar aan deze laatsten zullen dezelfde rechten toekomen als aan de sub α genoemden.

c). De rechtverkrijging heeft **vóór** het proces plaats gevonden.

Enkele nieuwere schrijvers bewaren het stilzwijgen over deze vraag [1]). Ondenkbaar is het geval niet, zelfs niet, wanneer er rechten overgaan door het overlijden van den auteur of de ontbinding eener vereeniging. Want dan heeft nog ieder de macht namens den overledene of de ontbonden vereeniging te ageeren, indien de tegenpartij zich niet van een disqualificatoire exceptie bedient.

In sommige gevallen, speciaal dan, wanneer hij een recht overdroeg, is de auteur onbevoegd te procedeeren; in andere, vooral dan, wanneer hij een recht verleent en zelf tevens (hoofd)rechthebbende blijft, is hij stellig wèl tot procedeeren bevoegd. Maar of hij het bevoegd of onbevoegd doet, er bestaat geen enkele bepaling, die deze rechtverkrijgenden aan het gezag van gewijsde bindt.

Dientengevolge zijn noch degenen, die een zakelijk recht verkregen vóór het proces [2]), noch degenen, wien een persoonlijk recht ten deel viel, — met name de crediteuren, waaronder zij, die „reaallasten" verkregen — [3]), aan het gezag van gewijsde gebonden.

Dat de crediteuren niet gebonden zijn, kan zeker niet als de algemeene opinie beschouwd worden. De Fransche auteurs [4])

---

[1]) Zoo bijv. HELLWIG Subj. Grenzen, waarschijnlijk omdat hij alleen aan erfopvolging denkt.
MENDELSOHN-BARTHOLDY, p. 137 bespreekt het alleen bij de vrijwaring en dus niet algemeen.

[2]) Zoo bijv. LACOSTE N°. 514 j°. N°. 5486.

[3]) Welken invloed de executie voor crediteuren heeft, werd op pag. 18 uiteengezet.

[4]) MARCADÉ ad. art. 1351 N°. 12, AUBRY & RAU t. 8 p. 374 § 769, LAURENT t. 20 n. 102, BAUDRY-LACANTINERIE t. 2 n. 1292, GARSONNET t. 3 p. 346, LACOSTE N°. 516, MENDELSOHN-BARTHOLDY p. 143, TISSIER N°. 97.

— zonder uitzondering — achten hen aan het gezag van gewijsde van alle vonnissen van hunne debiteuren gebonden, als rechtverkrijgenden onder algemeenen titel, daar zij krachtens art. 2093 C. C. een pandrecht op het geheele vermogen krijgen en krachtens art. 1166 Code Civil alle rechten van hunnen debiteur mogen uitoefenen. Het laatste artikel is niet in onze wet overgegaan en is dus voor ons recht zonder waarde [1]). Art. 2093 C.C. daarentegen geldt ook thans nog in de gedaante van art. 1178 B. W.: het bepaalt niets anders, dan dat eventueel de schuldeischers zich op het vermogen van den debiteur mogen verhalen; van een pandrecht blijkt niets.

Maar zelfs als de crediteuren eens wel rechtverkrijgenden onder algemeenen titel waren, dan nog zou er geen sprake zijn van uitbreiding van het gezag van gewijsde, omdat geen bepaling het uitdrukkelijk of stilzwijgend voorschrijft. Vanzelf spreekt het geenszins: men denke slechts aan het geval, dat iemand een vruchtgebruik onder algemeenen titel gekocht heeft. Dan kan volgens een zeer verspreide en zeer juiste opvatting de eigenaar niet meer met werking tegenover den vruchtgebruiker procedeeren [2]).

Zoo zijn dus ook de huurder en onderhuurder niet gebonden aan het gezag van gewijsde in processen, na hunne rechtverkrijging begonnen tegen den verhuurder of den huurder [3]).

Evenmin de hypothecaire of geprivilegeerde crediteuren [4]) [5]).

---

[1]) LACOSTE n. 526, TISSIER n. 98 maken een uitzondering voor een rangregeling: dan zijn de créanciers chirographaires niet gerepresenteerd.

[2]) LACOSTE N°. 514 erkennend, dat de pandhouders niet gebonden zijn aan vonnissen, na hunne rechtverkrijging geveld, acht desniettegenstaande in N°. 516 de créanciers chirographaires als pandgerechtigden wel gebonden, omdat hun pand de veranderingen in het vermogen volgt. Zoo ook LAURENT XX. n. 102. Terecht merkt MENDELSOHN p. 144 op, dat uit het feit, dat de vermindering van het vermogen de crediteuren treft, volgt nog niet dat de „Feststellung" van die vermindering door hen te erkennen is. Hijzelf acht de crediteuren gebonden, omdat de debiteur legitimus-contradictor is.

[3]) HELLWIG, Subj. Grenzen p. 28 spreekt hier van Reflexwirkung. Zie over het onjuiste van het begrip pag. 135 noot 1.

[4]) Met het gebonden zijn aan het gezag van gewijsde wordt dikwijls verward het moeten erkennen van de andere gevolgen van het vonnis. Ontstaat door het vonnis een hypotheek (hypothèque judiciaire) of privilegie dan moet ieder dat erkennen. (Met het gezag van gewijsde

Sommige auteurs komen tot een tegenovergestelde conclusie [1]) op grond der redeneering, dat de debiteur alle rechten behoudt en dus ook het recht met werking tegen derden te procedeeren. Deze heeft echter nooit het recht gehad met werking tegen derden te procedeeren. Het gezag van gewijsde wordt in enkele gevallen tot enkele derden uitgebreid. Maar dit is, wij herhalen het, nooit anders dan bij wijze van uitzondering, die uitdrukkelijk of stilzwijgend door de wet gesanctioneerd moet zijn. Dat dit hier het geval is, zal wel niemand willen volhouden.

Komen dergelijke crediteuren in een rangregeling op, dan zijn zij — indien hun rechtverkrijging vóór het proces plaats greep — dus niet gebonden aan het gezag van gewijsde van vonnissen, geveld tusschen hunnen debiteur en andere crediteuren. Anders wordt dit in faillissement, omdat art. 123. Faillissementswet bepaalt, dat de crediteuren tegenover hunne medecrediteuren tot geen meerder bewijs gehouden zijn dan tegenover hunnen debiteur: kan een crediteur zich dus tegenover dezen laatsten op het gezag van gewijsde beroepen, dan is hij tegenover zijn debiteur tot geen enkel bewijs gehouden en dus niet tegenover zijne medecrediteuren.

2). Bestaat er in sommige gevallen van rechtverkrijging uitzondering op de gestelde regels?

a). Zelfstandige rechten der rechtverkrijgenden.

---

verward door LACOSTE N°. 519, en AUBRY et RAU t. 8 § 769). Een toebedeeling van een onroerend goed bij een verdeeling, een vernietiging van een schenking van een onroerend goed, waarop inmiddels een hypotheek is gevestigd, moet ieder erkennen, dus ook de hypotheekhouder. (Met het gezag van gewijsde verward door MENDELSOHN-BARTHOLDY p. 151, die ook als voorbeeld aangeeft, dat ieder de royeering eener hypotheek en dus haar te niet gaan, moet erkennen. Hij vergeet echter, dat een hypotheek niet door royeering te niet gaat.)

[5]) Aldus o.a. MARCADÉ V p. 187, LAURENT XX p. 132. LACOSTE N°. 530, AUBRY & RAU VIII § 769 NOTE 39, VALETTE, Revue de droit français et étranger 1844 p. 27—43.

[1]) Ook natuurlijk op grond der reeds vroeger verworpen regels; van contract-analogie, dispositiebevoegdheid, representatie, legitimus contradictor MENDELSOHN p. 154. Aldus la Cour de Cassation bij zeer vele uitspraken. MERLIN et BONNIER p. 719, LAROMBIÈRE VII p. 129 en ook POTHIER N°. 905. (56)

Nadat wij aldus onderzochten, welke rechtverkrijgenden gebonden zijn, moeten wij nog een oogenblik stil staan bij het geval, dat de rechtverkrijgenden „zelfstandige rechten" hebben.

Het gezag van gewijsde wordt m. i. niet, zooals gewoonlijk wordt aangenomen, uitgesloten door het feit, dat de rechtverkrijgenden zelfstandige rechten hebben, d.w.z. rechten, die de auteur niet had [1]).

Is tusschen den erflater en een ander onbetwistbaar geworden, dat een schenking gedaan is, dan staat dit ook voor den erfgenaam vast. Hij is dus aan het gezag van gewijsde gebonden. Dit zal hem niet beletten om de inkorting van die tusschen hem en den ander vaststaande schenking in te roepen, wegens schending der legitieme portie [2]). Zoo zal ook een derde crediteur, al is hij aan het gezag van gewijsde van een vonnis gebonden, inhoudende de erkenning

[1]) Anders bijv. LAURENT N°. 96, GARSONNET, § 1128 NOTE 3, § 11 LACOSTE N°. 484: quand l'héritier invoque un droit qui lui est propre, il n'est lié ni par les conventions passées par le défunt, ni par les jugements rendus contre lui. Een gecompliceerd en verwarrend voorbeeld bij LAURENT, GARSONNET en MENDELSOHN, l. l. c. c. De schenker van een onroerend goed heeft met succes een servituut geldig gemaakt tegenover den begiftigde, ten behoeve van een aan het geschonken goed grenzend erf, dat nog aan den schenker behoort. Later wordt die schenking wegens schending der legitieme portie vernietigd op verzoek van een erfgenaam. Vraag: mag de mede-erfgenaam, die het heerschend erf verkreeg zich op het gezag van gewijsde van het vonnis van zijnen auteur beroepen tegenover den erfgenaam, die door de inkorting in het bezit van het dienend erf trad? GARSONNET antwoordt ontkennend, omdat die laatste erfgenaam een zelfstandig recht heeft. M. i. onjuist. Door de inkorting treedt het goed in het vermogen terug, vrij van alle inmiddels daarop gelegde rechten, (zooals G. trouwens zelf zegt) krachtens art. 975 B.W. = 929 C. C.

Wanneer het servituut dus na de schenking verleend is, heeft de erfgenaam, die het praedium dominans verkreeg, wel het recht zich op het gezag van gewijsde tegenover den ander te beroepen; maar deze laatste kan antwoorden: volkomen juist, ik betwist niet, dat toen het servituut bestond, maar het is sedert te niet gegaan, krachtens art. 975 B. W. Is het servituut echter niet in dien tusschentijd verleend, maar slechts krachtens art. 747 B. W. door de schenking herleefd, dan is de bepaling van art. 975 B. W. niet toepasselijk. Ook gaat het niet door „vermenging" te niet krachtens de bepaling, dat erfgenamen geacht worden het goed onmiddellijk met den dood van den erflater verkregen te hebben. Wanneer dan de eigenaar van het heerschend erf zich op het gezag van gewijsde beroept, zal hem dit practisch nut opleveren.

[2]) Aldus MENDELSOHN-BARTHOLDY, p. 132 N°. 1.

eener verbintenis, de vernietiging dier verbintenis mogen vragen op grond van opzettelijke benadeeling [1]) der crediteuren (1377 B. W.).

Zoo ook bij aanvaarding eener erfenis onder voorrecht van boedelbeschrijving: de erfgenaam blijft gebonden aan het gezag van gewijsde: hij kan niet betwisten, dat de schuldvordering tegen zijnen erflater bestond. Maar hij kan zeggen: desniettegenstaande behoef IK niet te betalen [2]). Van uitzondering is geen sprake.

b). Rechtverkrijging door de beschikking van den niet gerechtigde.

Aan het slot onzer beschouwingen over het gebonden zijn van rechtverkrijgenden aan het gezag van gewijsde hunner auteurs, behoort nog een opmerking gemaakt te worden over een geval, waarin wel van de gewone regels van het gezag van gewijsde, wordt afgeweken.

Wij bedoelen het geval, dat iemand over eens anders recht beschikt en daardoor een derde tot gerechtigde maakt.

In het hedendaagsche recht komt het herhaaldelijk voor,

---

[1]) Zelden echter zijn, zooals wij reeds zagen, de crediteuren aan het gezag aan gewijsde gebonden. Alleen als het vonnis plaats greep vóór hunne rechtverkrijging en over de zaak loopt, waarop hun recht betrekking heeft. In de eerste plaats zal het vonnis dikwijls niet een bepaalde zaak betreffen, en tweede plaats zal er gewoonlijk over geprocedeerd worden, nadat het recht verleend is. Uiterst zelden is hij dus gebonden. Maar dat belet hem niet de vernietiging te vragen van een handeling, die hem schaadt of als de benadeeling door (executie van) het vonnis plaats greep, derden verzet te doen. Anders TISSIER l. c. wanneer hij aanneemt, dat de crediteuren door „fraude" van den auteur bij een vonnis „derden" worden. De auteurs maken hier fouten door verwarring van het gezag van gewijsde met de andere gevolgen van het vonnis.

[2]) Onjuist de Fransche auteurs, die meenen, dat het vonnis, het bedrag van den boedel te boven gaande, res inter alios judicata (!) voor dien erfgenaam wordt. MARCADÉ ad. art. 1351. N°. XI t. v. p. 186. Ook minder juist LACOSTE N°. 483 „seulement les jugements défavorables „sont opposables aux héritiers bénéficiaires jusqu' à concurrence de „leur émolument." Ook LAURENT t. XX N°. 95 p. 122 en GARSONNET § 1128 note 3: Les successeurs universels sont représentés en justice par leur auteur, sauf que les héritiers bénéficiaires n'acquittent que intra vires et sur les biens héréditaires les dettes que leur auteur a été condamné à payer. Beter AUBRY & RAU VIII § 769 pag. 373.

dat een ander dan de rechthebbende de macht heeft, door in zijn eigen naam te beschikken, een derde tot rechtverkrijgende van het recht van een ander te maken.

1. Dit grijpt plaats indien een niet-rechthebbende niet alleen de macht, maar ook het recht heeft over het recht van een ander te beschikken: zoo de echtgenoot krachtens art. 160 B. W. over de roerende goederen der vrouw, de vruchtgebruiker krachtens art. 804 B. W. over verbruikbare zaken, de pandhouder over de in pand gegeven zaak, de hypotheekhouder, aan wien de zoogenaamde onherroepelijke volmacht is verleend[1]), over het onroerend goed.

2. Onder dit gezichtspunt behooren ook al die gevallen, waarin de niet-rechthebbende geen recht, maar desniettegenstaande de macht, heeft over het recht van den ander te beschikken. Die macht kan, hetzij hierop berusten, dat de gerechtigde aan den niet-rechthebbende toestemming heeft verleend over de zaak te beschikken, hetzij daarop, dat de wet hem, wegens het in het verkeer noodzakelijke vertrouwen, de macht verleent over het recht van anderen te beschikken[2]).

---

[1]) Indien hij deze niet heeft, is het de staat, die den eigendom overdraagt.

[2]) Meestal echter neemt men hier geen rechtverkrijging aan (en acht hen dan niet aan het gezag van gewijsde gebonden). Men spreekt dan òf van „vertegenwoordiging” òf van een originaire wijze van eigendomsverkrijging.

Ten onrechte echter. Van vertegenwoordiging waarvan, men speciaal spreekt bij pandrecht en hypotheek, kan reeds daarom geen sprake zijn, omdat die alleen bestaat, wanneer men in naam van een ander ageert. Zie verder Hellwig, Subj. Grenzen over het verschil tusschen beheer en vertegenwoordiging. Pag. 99: de macht te beschikken is de macht zelf of door eèn vertegenwoordiger te beschikken. Deze kan de rechthebbende missen en een niet rechthebbende kan haar hebben. Wordt een beschikking door een vertegenwoordiger gedaan, dan komt het er niet op aan of hij de macht had te beschikken, maar wel daarop of de vertegenwoordigde haar had.

Zij hebben beide hunne eigene gronden van ontstaan en te niet gaan. Maar ook hun inhoud stemt niet overeen.

Dit laatste wordt vooral duidelijk, wanneer de macht te beschikken niet op een rechtshandeling berust. De man, die met of zonder toestemming van zijne vrouw het recht heeft over haar vermogen te beschikken, heeft een geheel andere positie dan de man, die slechts vertegenwoordiger der vrouw is.

En wat het eerste, het onderscheid in de wijzen van te niet gaan betreft, is het volgende op te merken. Al verliest men het recht van beheer en beschikking, dan behoudt men toch gewoonlijk het

Men kan een en ander aldus construeeren: in den regel is de beschikker ook de rechtsvoorganger [1]). Maar soms komen die beide hoedanigheden gescheiden voor.

De beschikker verricht de rechtshandeling, wier geldigheid naar zijn persoon te beoordeelen is; maar een derde is het, van wien het recht op den rechtverkrijgende overgaat, of uit wiens vermogen een tot dusver niet bestaand recht verleend wordt.

In deze gevallen, waarin de gewone rol van den beschikker zich zoo splitst, blijft die splitsing niet zonder invloed op het gezag van gewijsde.

Bij de vraag, of en in hoeverre het vonnis tusschen den beschikker en den rechthebbende gewezen gezag van gewijsde heeft tegenover den rechtverkrijgende, moet een onderscheiding gemaakt worden al naar mate het vonnis het recht van den rechthebbende, of wel het beschikkingsrecht van den beschikker betreft.

---

recht van vertegenwoordiging. Wel verliest bijv. de voogd, het beheer over het vermogen van den gefailleerden minderjarige, maar hij blijft gerechtigd hem te vertegenwoordigen. Omgekeerd echter is de vertegenwoordiger niet meer in staat de macht van beschikking, die den vertegenwoordigde toekomt, na het verlies van zijn macht tot vertegenwoordiging uit te oefenen.

Evenmin is er sprake van een originaire wijze van eigendomsverkrijging door de goede trouw van den verkrijger.

De derde krijgt het recht immers niet, als aan de rechtshandeling iets anders ontbreekt dan het gerechtigd-zijn van den beschikker. Is de vorm niet in acht genomen, is de beschikker onbekwaam, dan baat den derde zijn goede trouw volstrekt niet. Het feit, dat zakelijke rechten door zoo'n beschikking te niet gaan, bewijst niet, dat het een originaire wijze van rechtverkrijging is. Want die rechten kunnen evenzeer te niet gaan, als de eigenaar zijn roerende zaak overdraagt (pandrecht en vruchtgebruik).

Men voere niet tegen onze opvatting. dat hier rechtsverkrijging plaats heeft, aan: Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet; dit is een waarheid, waarop geen uitzonderingen denkbaar zijn, indien men dien regel opvat in den zin, dat men niet uit zijn vermogen een recht kan verleenen, dat er niet in is. Maar niets belet, dat men een recht van een derde aan een ander overdraagt, wat in al die gevallen dan ook werkelijk geschiedt. De werking is dan steeds dezelfde, de gronden, waarom die derde de macht om te beschikken heeft, verschillen.

[1]) Het woord „auteur" is hier te vermijden, omdat de „auteur" beteekent degeen, die iets bewerkt. Dat doet deze juist niet.

α. Beginnen wij met het laatste. Het recht van den beschikker om te beschikken zal voor den rechtverkrijgende in die gevallen ter sprake komen, waarin de niet-rechthebbende als zoodanig is opgetreden en met den rechtverkrijgende een rechtshandeling heeft aangegaan, die dàn werking heeft, als deze het recht had over het recht van den rechthebbende te beschikken.

Volgens de gewone regels (pag. 136) zou het gezag van gewijsde voor den rechtverkrijgende denzelfden inhoud hebben, als het had voor dengene, die vóór hem het recht bezat, voor zijnen rechtsvoorganger. Die rechtverkrijgende zou dus alleen tegenover den beschikker niet mogen betwisten, dat deze het recht te beschikken had; en omgekeerd. Maar het zou hem niet vrijstaan tegenover zijn rechtsvoorganger een beroep op het gezag van gewijsde te doen, wanneer deze tegenover hem het beschikkingsrecht van den beschikker ontkende. De rechtverkrijgende en de rechtsvoorganger kunnen zich immers niet tegenover elkaar op het gezag van gewijsde beroepen. — Nemen wij ter verduidelijking een voorbeeld: denken wij, dat uitgemaakt is tusschen eigenaar en hypotheekhouder, dat de hypotheekhouder het recht heeft het goed te verkoopen. Nu zou dus, volgens de gewone regels, de kooper van het onroerend goed niet door gezag van gewijsde beschermd zijn, als de voormalige eigenaar tegenover hem beweerde, dat de hypotheekhouder het recht tot verkoop miste.

Het komt er echter juist op aan, dat de rechtsvoorganger, de vroegere eigenaar, dit niet meer tegen zijn rechtverkrijgende, den kooper, mag geldig maken.

Daarom is het m. i. niet ongeoorloofd aan te nemen, dat, wanneer het recht te beschikken en het recht, waarover beschikt wordt, op bovengenoemde wijze gesplitst voorkomen, de rechtverkrijgende zoowel gebonden is aan het gezag van gewijsde van zijnen rechtsvoorganger, als aan dat van den beschikker.

Heeft iemand als pandcrediteur, hypotheekhouder, vruchtgebruiker of als beheerder van het vermogen der vrouw beschikt en was zijn recht daartoe met den verleener of met de vrouw vastgesteld, dan kunnen deze laatsten dus niet

meer tegenover dengene, ten wiens behoeve beschikt is betwisten, dat de beschikker daartoe gerechtigd was.

Is echter het recht te beschikken den beschikker ontzegd, dan kunnen die rechtverkrijgenden of hypothetisch-rechtverkrijgenden zich niet meer hierop steunen, dat zij het recht hebben verkregen, omdat de beschikker het recht had daarover te beschikken.

Dat dit den rechtverkrijgende niet verhindert te beweren, dat hij, ofschoon de beschikker geen recht had te beschikken, toch gerechtigde is geworden, spreekt van zelve. Het gezag van gewijsde immers maakt niets meer onbetwistbaar, dan, dat de beschikker geen recht had te beschikken [1]).

β. Heeft de beschikker geprocedeerd over het recht, dat op den derde zou overgaan, dan worden weer de gewone regels toepasselijk.

Is den beschikker het recht ontzegd, dan kan de derde rechtverkrijgende niet meer volhouden, dat de beschikker het recht had (als hypothetisch rechtverkrijgende); omgekeerd kan, wanneer het vonnis den beschikker het recht heeft toegewezen, de tegenpartij niet meer tegenover den derde volhouden, dat de beschikker het recht niet had.

Maar krachtens het op pag. 152 gezegde belet niets den derden rechtverkrijgende te zeggen: „ik betwist niet dat de „beschikker het niet had, maar ik heb het desniettegen„staande: krachtens het materieele recht ben ik toch gerech„tigde geworden". De pandhouder en de bezitter van het roerend goed, bijvoorbeeld, kunnen dat antwoorden. Zoo ook kan, wanneer een rechtshandeling op grond van art. 1377 B. W. vernietigd is, de derde crediteur antwoorden: er bestond reden tot vernietiging, maar mijn recht blijft ongedeerd [2]).

[1]) Hellwig, pag. 184 is hier eenigszins verwarrend, daar hij hier in plaats van, zooals het betaamt, over Rechtskraft te spreken, gaat spreken over „Wirkung". In dit geval heet het vonnis dan geen „Wirkung" te hebben; wat juist is, wanneer men daarmede bedoeld „practisch resultaat", maar niet juist, wanneer men zeggen wil dat het geen gezag van gewijsde heeft.

[2]) Uiterst zeldzaam, dat de crediteur gebonden is, daar de procedure meestal na zijne rechtsverkrijging begint, zie pag. 169, noot 1.

II). VRIJWARING.

Wanneer de gedaagde iemand in vrijwaring heeft opgeroepen, die gehouden zou zijn tot vrijwaring van eigendom of andere zakelijke rechten, kan de vrijwaarder het proces overnemen en de gevrijwaarde zich buiten proces doen stellen. Alsdan bepaalt de wet, dat het te wijzen vonnis gezag van gewijsde zal hebben tegenover den oorspronkelijken gedaagde (art. 171 W. v. B. R. V.)[1].

Een alleszins verklaarbare en gemotiveerde uitbreiding van het gezag van gewijsde.

Door het proces desbewust over te laten en zich zelf terug te trekken, heeft de gedaagde zijn volle vertrouwen in den auteur uitgesproken en daarin kan de wet aanleiding vinden hem ook aan het gezag van gewijsde te onderwerpen [2] [3] [4].

---

[1]) Van andere afwijkingen van gezag van gewijsde in vrijwaring blijkt niets. Zoo bijna allen, behalve LAROMBIÈRE ad art. 1351 n. 105, die hier aan een „mandat imparfait" denkt. (Zie boven pag. 145) Over de acceptatie als legitimus contradictor zie boven pag. 148 noot 3.

Dat het goed eerst werkelijk uitgewonnen moet zijn, voordat de gedaagde den auteur kan aanspreken, spreekt van zelf. Een uitbreiding van het gezag van gewijsde ligt daar niet in; het uitwinnen is een feit, dat ieder moet erkennen. (Zie pag. 16). Anders AUBRY & RAU t. VIII. § 769 die bij gunstig vonnis gezag van gewijsde aanwezig achten.

Practisch kan de gedaagde wel eens voordeel hebben van een proces tegen den auteur, na zijne rechtsverkrijging begonnen. LACOSTE no. 507, MENDELSOHN BARTHOLDY, pag. 137. Hij kan den auteur in vrijwaring oproepen en dan kan deze zich op het gezag van gewijsde van zijn eigen vonnis beroepen, waardoor waarschijnlijk ook de eisch tegen den gedaagde ontzegd zal worden. Maar niet altijd zal dit geschieden, omdat de eischer het recht sedert verkregen kan hebben. Is de eisch tegen den auteur toegewezen, dan is dat aan den anderen kant ook niet altijd voor den auteur een absoluut beletsel om als de gedaagde hem aanspreekt — na hem niet opgeroepen te hebben — te antwoorden: „ik ben niet tot vrijwaring gehouden, omdat gij slecht hebt geprocedeerd, omdat het uw eigen schuld is, dat gij uw proces verloor". De auteur kan dit bijv. antwoorden wanneer de gedaagde wezenlijke middelen veronachtzaamd heeft.

[2]) In het Duitsche Recht §§ 76 en 77 C. P. O. kan de gedaagde zich ook bij persoonlijke vrijwaring buiten proces doen stellen en het proces aan den „mittelbaren Besitzer" overlaten, bijv. de huurder aan den eigenaar. HELLWIG pag. 76 ziet daarin een afwijking van de regels omtrent de objectieve grenzen. Want, zegt hij het recht van den mittelbaren Besitzer van den eigenaar is een ander dan dat van den huurder. Toch is zijne opvatting m.i. niet juist: door het vonnis tegen den eigenaar wordt bijv. onbetwistbaar, dat deze geen recht

III). STATUSZAKEN.

Wanneer het gezag van gewijsde in statuszaken tot derden uitgebreid wordt, heeft dit natuurlijk alleen deze beteekenis, dat het declaratoir [1]) omtrent den staat van personen ook voor derden bindend is. Niet alleen vallen daardoor die deelen van het vonnis buiten ons gebied, die den materieelen rechtstoestand wijzigen, — zooals de opheffing van het huwelijk [2]) of het ontnemen van den staat van wettig kind — maar ook elk declaratoir, dat niet den status betreft. Er bestaan dus twee voorwaarden. Daaraan wordt bijvoorbeeld niet voldaan door het declaratoir, dat vaststelt, dat er een reden tot echtscheiding, scheiding van tafel en bed, enz. bestaat of niet bestaat. Het geconstateerde overspel, kwaadwillige verlating, of buitensporigheden zijn geen declaratoiren omtrent iemands status [3]).

Dan echter, wanneer aan die voorwaarden wel voldaan is, wordt krachtens art. 1957 Burg. Wetboek het gezag van

---

heeft dat wordt ook voor den huurder onbetwistbaar, en niets meer dan dat. Maar hij blijft vrij te beweren, dat hij zelf het toch wel heeft. — Vgl. pag. 168.

[3]) Bovendien zou in het Fransche Recht anders een vonnis tegen een rechtverkrijgende onmogelijk worden, daar hij zich altijd buiten proces kan doen stellen. LACOSTE no. 503. In ons Recht bestaat de bepaling, dat de eischer verlangen kan, dat de debiteur in proces blijve.

[4]) Terecht zegt WACH, Rechtsgutachten pag. 14: Der Gedanke ist verwandt mit dem Motiv für die Ausdehnung der Rechtskraft in der viel erörteten l. 63 D. de re judicata. Zie boven pag. 149 noot 1.

[1]) Zie pag. 54.

[2]) Door echtscheiding, scheiding van tafel en bed en ontbinding, of vernietiging.

Algemeen spreekt men echter van uitbreiding van het gezag van gewijsde bij ontbinding en vernietiging van een huwelijk en bij scheiding van tafel en bed. MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 111, FAURE, II, pag. 232, BINNERTS, pag. 254.

[3]) Al waren zij het, dan nog zou het geen gezag van gewijsde voor derden hebben, daar zij nooit „belang" of zelfs maar gelegenheid hebben het in te roepen.

gewijsde op derden uitgebreid [1] [2]), indien het proces gevoerd is inter legitimos contradictores [3]).

1. Dit doet zich voor bij vonnissen, die de vernietiging, de nietigheid of het bestaan van het huwelijk uitspreken.

a. Wordt in een proces tot vernietiging van een huwelijk uitgemaakt, dat er een reden tot vernietiging bestaat, dan wordt het huwelijk opgeheven; wordt de actie afgewezen, dan wordt onbetwistbaar, dat de gestelde reden van vernietiging niet bestaat. In beide gevallen zijn ook de derden aan dit declaratoir gebonden, wanneer het proces gevoerd is tusschen hen, die wettiglijk bevoegd waren, den eisch tegen te spreken. Hieronder kunnen alleen zij verstaan zijn, wien in de artt. 140 en v.v. B. W. daartoe uitdrukkelijk het recht verleend is; d. w. z. de echtgenooten, ouders, broeders en zusters enz., de curator, het Openbaar Ministerie en alle bloedverwanten post mortem.

b. Wanneer zich het geval voordoet, dat een huwelijk absoluut nietig is, bijv. wanneer het niet ten overstaan van den ambtenaar van den Burgelijken Stand is gesloten en toch in de registers is ingeschreven, is het declaratoir òf: het huwelijk is nietig [4]), òf: de nietigheid volgt niet uit de aan-

---

1) Ten onrechte brengen vele Fransche auteurs, o. a. LACOSTE no. 715 en LAURENT III pag. 488, art. 100 Code Civil = art. 72 B. W. in verband met art. 1957 B. W. In bedoeld artikel wordt gezegd, dat de verbetering van akten van den Burgerlijken Stand alleen geldig is tusschen degenen, die dezelve hebben verzocht, of opgeroepen zijn. Terecht komt MENDELSOHN-BARTHOLDY tegen deze gelijkstelling op. Pag. 112.

2) De absolute werking van het gezag van gewijsde volgt noch uit de ondeelbaarheid van den status, LAURENT III pag. 623, LACOSTE no. 709 pag. 221, noch uit het karakter van den status, COVIELLO, Archivio giurridico Bd. 47 (1891 pag. 149—219) De' giudicati di stato, noch uit „considérations d'ordre public". Aldus terecht o. a. BINNERTS pag 255 en MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 113.
Het artikel ontbreekt in het Fransche Recht.

3) Zie daarover MENDELSOHN-BARTHOLDY, pag. 117. BINNERTS, pag. 254. FAURE II, pag. 232.

4) Dit past alleen in de „Substanzierungstheorie", zooals reeds is gezegd (pag. 107). HELLWIG, die blijkens pag. 11 noot 28 een „Individualisierungtheorie" huldigt, neemt desniettegenstaande toch aan, dat elke nietigheid afzonderlijk kan gesteld worden, pag. 66.

gevoerde gronden; ook dit declaratoir zal voor en tegen ieder moeten gelden [1]), als het tusschen de echtgenooten is gegeven.

c. Niet ondenkbaar is bij voldoende belang een eisch tot erkenning van het bestaan van een huwelijk.

α. tusschen de echtgenooten zelf, bijvoorbeeld wanneer het huwelijk niet ingeschreven is, wanneer er sprake is van ontbonden zijn van het huwelijk, wanneer een hunner voortdurend dreigen kan met vernietiging; of als tegen-eisch tegen een actie tot vernietiging, wanneer er slechts één van meerdere gronden geldig gemaakt wordt; en vooral bij buitenslands gesloten huwelijken. Het toewijzende vonnis maakt het bestaan van het huwelijk onbetwistbaar, het afwijzende stelt vast, dat het niet op de aangevoerde gronden bestaat [2]), krachtens de uitzonderingsbepaling van art. 1957 B. W. ook tegenover alle derden.

β. Maar ook tusschen één der echtgenooten en een derde is een dergelijk proces denkbaar. Alsdan voldoet het vonnis echter niet aan het vereischte, dat het gewezen is tusschen degenen, die wettelijk bevoegd zijn den eisch tegen te spreken. Daarom heeft het alleen gezag van gewijsde tusschen partijen.

2. Zoo geldt ook voor en tegen allen het vonnis, dat iemand tot vader of moeder verklaart (artt. 342 en 343 B. W.). Geen derde kan dit meer betwisten, behalve natuurlijk hij of zij, die zelf de vader of de moeder beweert te zijn.

Hetzelfde zou ook moeten gelden voor processen tot inroeping van staat, ware het niet, dat de wet hier weer eene uitzondering op de uitzondering van art. 1957 B. W. maakte: art. 341 B. W. bepaalt, dat de inroeping van staat door ieder betwist mag worden [3]).

---

[1]) Scherp komt hier uit het verschil tusschen gezag van gewijsde tegen derden en het veranderen van de materieele rechtsverhouding. Bij het eerste geldt ook het afwijzende vonnis tegen derden, bij het tweede alleen het toewijzende.

[2]) Niet geheel ondenkbaar is dat hier nog andere „gronden" aangevoerd zouden kunnen worden, bijv. nadat eerst als grond van het bestaan is opgegeven een voltrekking te Amsterdam op den 1 Januari 1888, een voltrekking te Parijs op den 1 Augustus 1882.

[3]) Nederlanderschap en adel vallen er buiten als niet behoorend tot het privaatrecht.

Anders voor het eerste Binnerts p. 270.

3. Beschouwen wij de nu behandelde gevallen tezamen, dan zien wij, dat die uitbreidingen niet ongemotiveerd zijn. De verschillende Hollandsche schrijvers, Binnerts, Faure en de Staats-commissie van 1901 echter keuren de bepaling van art. 1957 B. W. af. Maar hetgeen zij er tegen aanvoeren is, dat over een statusquaestie zoo maar incidenteel zou kunnen worden beslist en dat het begrip „personen, die gerechtigd zijn den eisch tegen te spreken", vaag zou zijn. Het eerste vervalt bij de opvatting, die wij omtrent de objectieve grenzen huldigen; en het tweede heeft wel een scherpe beteekenis, als men de verschillende gevallen maar op zich zelf beschouwt: bij nietigheid van een huwelijk de daarbij genoemde personen; bij verhoudingen tusschen ouders en kinderen degenen, die zich daarvoor uitgeven, maar niet met werking tegenover dengeen, die zelf ouder of kind beweert te zijn [1]).

IV). Vonnissen in erfeniszaken tegen den erfgenaam gewezen.

De gewone opinie is, dat het vonnis, tegen den erfgenaam gewezen, gezag van gewijsde heeft tegenover legatarissen en crediteuren der nalatenschap. Daarvoor is m. i. geen enkele grond te vinden [2]).

Veelal hoort men in de Fransche litteratuur, dat iemands veroordeeling als „héritier pur et simple," gezag van gewijsde tegenover ieder heeft. Men steunt zich daarbij op art. 800 Code Civil, luidend:

L'héritier conserve néanmoins après l'expiration des délais accordés . . . . . la faculté de se porter héritier bénéficiaire . . . . . s'il n'existe pas contre lui de jugement passé en

---

[1]) In het Duitsche Recht is de uitzondering m. i. te recht gehandhaafd § 629 C. P. O.

[2]) In het Droit Ecrit werd de qualiteit van erfgenaam als een statusquaestie aangezien; dit denkbeeld viel natuurlijk weg met het testamentaire erfrecht. Zie Mendelsohn-Bartholdy pag. 128.

De door de auteurs aangevoerde gronden als representatie, afhankelijke verhouding, legitimus contradictor enz. zijn reeds boven weerlegd. Welke werking het bezit der nalatenschap heeft en dat die niets met het gezag van gewijsde te maken heeft, werd reeds op pag. 17 uiteengezet.

force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple [1]).

Wanneer wij dit artikel echter nauwkeuriger beschouwen, zien wij, dat hier geen sprake van uitbreiding van gezag van gewijsde is. De erfgenaam, die zich in termen van beraad bevindt, behoeft zich niet met het proces in te laten: hij kan een dilatoire exceptie geldig maken. Verzuimt hij dit, dan doet hij een materieelrechtelijke daad van aanvaarding, die natuurlijk tegenover ieder geldt. Al ontbreekt dus in onze wet een met art. 800 C. C. correspondeerend artikel, toch ligt de zaak niet anders: maar van uitbreiding van gezag van gewijsde op derden is geen sprake [2]). Dit echter moet men nog in het oog houden, dat niet alleen het vonnis, dat iemand als „héritier pur et simple" veroordeelt, die kracht heeft, maar ook het vonnis, dat den eisch tegen hem ontzegt (in tegenstelling met de niet-ontvankelijkverklaring): door de niet-ontvankelijkheid niet in te roepen, doet hij een daad van een aanvaarding.

V). Hoofddebiteur en borg.

Meestal zal in een proces tegen een borg de schuld van een hoofddebiteur ter sprake komen. Wanneer daarover te voren met dezen laatste is geprocedeerd, rijst de vraag of het gezag van gewijsde tot den borg uitgebreid wordt. In afwijking der communis opinio acht ik geen reden tot uitbreiding aanwezig. Enkelen [3]) achten haar daarom noodzakelijk, omdat anders de borg een vonnis, dat den hoofddebiteur

---

[1]) Groote controverse bestaat over dit artikel; zie Mendelsohn-Bartholdy, pag. 124.
De Commissie van Redacteurs, gaf als motief dezer bepaling (Livre III titre t. art. 87 Code de Procedure Civile 1e ontwerp): 1° Het is een fictie van vrijwillige aanvaarding, en 2° het erfgenaamschap is een „qualité universelle".

[2]) Vrijwel gelijk Mendelsohn-Bartholdy, pag. 127, erkennend dat van een „absolute Rechtskraftswirkung" geen sprake kan zijn: echter op den onjuisten grond, dat alleen het gunstig vonnis die werking heeft, wat 1°. niet waar is, zie boven; en 2°. als het waar ware, niets zou bewijzen. Tegen gezag van gewijsde secundum eventum litis verzet zich in principe niets.

[3]) Aubry et Rau t. 8, § 769.

vrijsprak, waardeloos zou maken. Deze zou van een verkregen recht beroofd worden.

Terecht zegt MENDELSOHN-BARTHOLDY, pag. 189, dat zelfs als men wil, dat de debiteur niet van zijn „recht" beroofd worde, daaruit nog niet volgt, dat de borg, zich op het gezag van gewijsde tegenover den crediteur kan beroepen. Hoogstens volgt dit er uit als ééne helft van een alternatief, waarvan de andere helft is: de debiteur antwoordt aan den borg, die hem aanspreekt: ik ben bevrijd.

Maar bovendien, men mag niet aanvoeren, dat er berooving van „recht" plaats heeft, wanneer de vrijgesproken debiteur door den borg aangesproken kan worden. De vraag is immers juist, of dat gezag van gewijsde hem alleen tegenover den crediteur of wel tegenover ieder vrijwaart.

Anderen [1]) leiden de uitbreiding af uit art. 2021 B. W., bepalend, dat de verjaring gestuit wordt tegenover de borgen, wanneer zij tegenover den hoofddebiteur gestuit is. In het Eerste Hoofdstuk zagen wij echter, dat de stuiting een gevolg is van het vonnis, dat de actie toewijst of den rechter onbevoegd verklaart, dat geheel onafhankelijk is van het gezag van gewijsde. Men heeft hier dus te doen met een andere werking van het vonnis, die op derden wordt uitgebreid [2]) [3]).

TOULLIER e. a. hebben zich op art. 1884 B. W. = 2036 Code Civil beroepen, luidende:

„De borg kan zich tegen den schuldeischer van alle excep-„tiën bedienen, die aan den hoofdschuldenaar toekomen en „tot de schuld zelve behooren.

„Maar hij kan geen exceptiën in het midden brengen welke „alleen den persoon van den hoofdschuldenaar betreffen" [4]).

Men moet dan aannemen, dat de wetgever alleen den borg het recht geeft zich op het vonnis te beroepen, maar niet den schuldeischer het recht zich tegen den borg op het gezag van gewijsde te beroepen; dit zou dus

[1]) LACOSTE n. 626.

[2]) Pag. 16.

[3]) HELLWIG, pag. 30 meent, dat het vonnis van den hoofddebiteur op den borg een „Reflexwirkung" uitoefent. Zie pag. 135 noot 1.

[4]) X n. 209.

neerkomen op een gezag van gewijsde secundum eventum litis. In principe is hier m. i. niets tegen. Maar... het staat niet in dit artikel [1]), daar het immers de persoonlijke excepties uitzondert; en welke exceptie is meer persoonlijk dan juist die van gewijsde zaak? Maar bovendien blijkt ook op andere wijze, dat de borg zich niet zoo maar van de exceptie van gewijsde zaak van den hoofdschuldenaar mag beroepen. Wanneer tegen dezen laatste een eisch tot nakoming is ingesteld en toegewezen, dan heeft deze het recht een herhaling met een beroep op het gezag van gewijsde te beletten. Had nu ook de borg deze exceptie, dan zou hij niet aangesproken kunnen worden, na een vonnis, dat den hoofddebiteur veroordeelt.

Ten slotte beroept men zich nog op art. 1885 B. W. De borg zou aan het voordeelig vonnis gebonden zijn, daar hij „door toedoen van den schuldeischer niet meer in diens rechten, „hypotheken en voorrechten kan treden". In het midden latend of hier wel gesproken mag worden van „door toedoen van" leert ons een nauwkeurige beschouwing, dat het artikel bepaalt, dat alsdan de materieele verplichting van den borg te niet gaat. Al viel dus een vrijspraak onder de woorden „door toedoen van dien schuldeischer" dan nog zou er geen sprake zijn van uitbreiding van gezag van gewijsde [2]).

Maar niet alleen, dat geen enkel argument voor de uitbreiding [3]), voor eene uitzondering dus, steekhoudend is [3]), er bestaat zelfs een bepaling, die alleen noodig is, wanneer de regel „gezag van gewijsde tusschen partijen" gehandhaaft blijft. Art. 1975 B. W. bepaalt, dat de eed van den hoofddebiteur

---

[1]) MENDELSOHN-BARTHOLDY, pag. 188— 194, die aanvoert, dat de exceptie van gewijsde niet zonder het gezag van gewijsde overgaat. Dit behoeft immers ook niet: men kan evengoed in het overgaan der exceptie de uitbreiding lezen. Hij zelf werkt met de legitimus-contradictor-theorie.

[2]) „Eine Urteilswirkung, die jedenfalls keine Rechtskraftswirkung ist". MENDELSOHN-BARTHOLDY, p. 190.

[3]) In gelijken zin Dordrecht, W. 6920.
Anders HOF VAN DEN BOSCH, 28 Dec. 1897, W. 7092 dat van oordeel was, dat als de hoofdschuld door den hoofdschuldenaar erkend is, de ontkenning door den borg niet meer in aanmerking komt, omdat de rechten; die de borg aan artt. 1858, 1859, 1864 B. W. ontleent, niet zoover gaan, of m. a. w. voor een borg is een speciale bepaling noodig om aan te nemen, dat de regel van art. 1954 B. W. niet op hem toepasselijk is!

ten voordeele der borgen strekt. Dit voorschrift zou volkomen overbodig zijn, als een vonnis gezag van gewijsde had tegenover den borg.

Met het oog op het aanhangige wetsontwerp schijnt het mij niet ongepast, ook hier te vragen, wat voor de toekomst wenschelijk is. Zeker moet en kan men het niet aan het materieele recht overlaten, te bepalen, wanneer het gezag van gewijsde uitgebreid moet worden [1]). Waarom de desbetreffende woorden der Staatscommissie in onze oogen onjuist zijn, zal, naar wij hopen, genoegzaam uit het voorafgaande gebleken zijn.

M.i. is het meest wenschelijke de thans bestaande uitzonderingen te handhaven, door ze uitdrukkelijk in de wet op te nemen; te weten:

1. de subjecten van een zelfstandig vermogen [2]);

2. de rechtverkrijgenden en hypotetisch rechtverkrijgenden, wanneer hunne aquisitie, na of tijdens het proces plaats vond. [3]) Met deze bijzondere bepaling, dat als de beschikker en de rechthebbende verschillende personen zijn, de rechtverkrijgende aan beider gezag van gewijsde gebonden is. [4]) Tevens zou een enkele bepaling voor zwevende toestanden niet misplaatst zijn; wij bedoelen, die gevallen, waarin het recht onder voorwaarde bestaat, vernietigd of nietig verklaard of herroepen kan worden [5]).

3. de gevrijwaarde, die zich buiten proces liet stellen. [6])

4. alle derden, in de procedure omtrent den staat van personen [7]).

Meer uitzonderingen lijken mij niet wenschelijk. Het gezag uit te breiden op crediteuren is onnoodig [8]); hetzelfde geldt van medegerechtigdheid in zakelijke rechten en verbindtenissen, als ook van erfgenamen en legatarissen [9]). Bovendien vergete men niet, dat men in vele dier gevallen van de regels omtrent den objectieven omvang zou moeten afwijken en dus tevens gezag van gewijsde aan de gronden toekennen. [10])

---

[1]) Mem. v. Toel. p. 199.
[2]) Zie pag. 128.
[3]) Zie pag. 160.
[4]) Zie pag. 172.
[5]) Zie pag. 154.
[6]) Zie pag. 174.
[7]) Zie pag. 175.
[8]) Zie pag. 166.
[9]) Zie pag. 178.
[10]) Zie pag 137.

HOOFDSTUK VI.

Het gezag van gewijsde van Buitenlandsche Vonnissen hier te lande.

Veelal wordt, wanneer men de kracht van buitenlandsche vonnissen behandelt, alleen gedacht aan de uitvoerbaarheid dier vonnissen hier te lande en wordt de vraag, of en onder welke voorwaarden op grond dier vonnissen een beroep op het gezag van gewijsde gedaan kan worden, over het hoofd gezien [1]).

Anderen, die deze fout vermijden, spreken alleen van het gezag van gewijsde zaak en van de executie [2]), terwijl zij dan bij het huwelijk van het echtscheidingsvonnis en van dat tot scheiding van tafel en bed gewagen; bij wettigheid van het kind, van het vonnis, dat de „action en désaveu" toewijst; en bij faillissement van het vonnis van failliet-verklaring [3]).

Deze wijze van behandeling is casuïstisch; zij is niet algemeen genoeg. Men moet alle gevolgen van het vonnis te zamen beschouwen, want allen zullen bij het ontbreken van

---

[1]) Aldus bijv. W. G. TIEBOEL VAN DEN HAM: De Kracht van Buitenlandsche Vonnissen in het Internationaal-Privaatrecht. Dissertatie 1890. Op pag. 6 zegt hij alleen van de onuitvoerbaarheid te zullen spreken. Op pag. 18 echter spreekt hij toch van gezag van gewijsde.

[2]) T. M. C. ASSER, Praeadvies voor de Nederlandsche Juristen-vereeniging (1888) pag. 50: hij spreekt echter, alleen van de exceptio rei judicatae wat m.i. te eng is.
Schets van het Internationaal Privaatrecht pag. 122. Hij plaatst dit echter onder het hoofd „Ten uitvoerlegging van buitenlandsche vonnissen".

[3]) Dezelfde l. c. pag. 87, 89 en 169.

bepalingen gelijkelijk al of niet hier te lande kracht hebben. Zoo kunnen wij den regel vinden en dan blijkt, wat dus voor het gezag van gewijsde geldt en of de bepalingen van onze wet uitzonderingen op —, of toepassingen van den regel zijn.

I. In het Eerste Hoofdstuk zagen wij, dat de rechter een plicht op kan leggen, een machtiging verleenen òf als essentiale voor het verrichten of doen verrichten eener rechtshandeling, òf om de verantwoordelijkheid van den gemachtigde te dekken; voorts, dat hij aan den eenen kant een recht kan verleenen, aan den anderen kant een plicht opleggen (executierecht met den daartegenoverstaanden plicht aan de veroordeeling te voldoen); verder, dat hij een materieelen toestand kan wijzigen of een uitspraak der Rechterlijke Macht opheffen. Ten slotte zagen wij, dat het vonnis verder o. a. als gevolg kan hebben, dat de verjaring gestuit wordt en dat het uitgemaakte onbetwistbaar wordt.

Als algemeene regel moet nu m. i. gelden, dat alleen Nederlandsche vonnissen hier te lande die gevolgen hebben.

Voor enkele dier gevolgen zal ieder dit wel onmiddellijk toegeven.

Waar de wet den rechter veroorlooft plichten op te leggen, is ontegenzeggelijk alleen de Nederlandsche rechter bedoeld. Een bevel van een vreemden rechter tot persoonlijke verschijning, of tot royeering van een hypotheek, of tot overlegging van eene akte is stellig zonder kracht hier te lande. Zoo ook het bevel als getuige te verschijnen, wat bovendien en ten overvloede blijkt uit art. 5 van het Tractaat van 14 Nov. 1896, waar gezegd wordt, wat de vreemde rechter wel kan doen om de getuigenis van personen, die zich in den vreemde bevinden, te verkrijgen, n.l. een rogatoire commissie aan den rechter van een ander land.

Met machtiging staat het geheel hetzelfde: niemand zal toch willen volhouden, dat de machtigingen door een ander dan de Nederlandsche rechter gegeven mogen worden. De vrouw bijv. en de voogd zijn zeker alleen dan behoorlijk gemachtigd, wanneer het de Nederlandsche rechter was, die de machtiging verleende.

Voor executie is het niet anders. Alleen Nederlandsche vonnissen kunnen hier geëxecuteerd worden. Dit ligt trouwens in den aard der zaak. Het executierecht is immers het recht van de overheid te vorderen, dat zij iemand iets ten behoeve van den executant afneme. Natuurlijk kan een rechter alleen het recht geven dit van de autoriteiten van zijn eigen land te vorderen: een Duitsche rechter kan iemand stellig niet het recht verleenen iets van de Nederlandsche autoriteiten te eischen [1]). Bovendien heeft de wet uitdrukkelijk in art. 431 1e lid Wetb. v. Burg. Rechtsvordering bepaald, dat buitenlandsche vonnissen hier niet geëxecuteerd kunnen worden. Tevens wordt in dit artikel op het bestaan van uitzonderingen gewezen. Alsdan kan de uitvoerbaarheid van het vonnis gevraagd worden aan de Rechtbank van het Arrondissement, waar het vonnis ten uitvoergelegd moet worden. Die uitzonderingen zijn art. 724 Wetboek van Koophandel (uitvoerbaarverklaring van eene buitenlandsche averij-grosse), de vonnissen van den Rijnvaartrechter (art. 40 van de Rijnvaartakte); voorts art. 12 van het Tractaat van 14 November 1896 [2]) bepalend, dat de proceskosten geëxecuteerd kunnen worden, in de andere Staten, wanneer de eischer vrijgesteld is van de cautio „judicatum solvi" [3]); en ten slotte m. i. de vonnissen der rechters in onze Koloniën en bezittingen. (Zie beneden pag. 191).

---

[1]) In het geheel treft men 4 stelsels aan omtrent de uitvoerbaarheid van vonnissen:
1°. Buitenlandsche vonnissen kunnen niet worden uitgevoerd.
2°. Ze kunnen het wel, maar alleen na hernieuwd onderzoek hier te lande.
3°. Ze kunnen onder zekere voorwaarden worden uitgevoerd als bevoegdheid van den rechter, reciprociteit en
4°. Ze kunnen tegenover vreemdelingen geëxecuteerd worden.
Het bij Asser, Schets v. h. Internationaal Privaatr. p. 123 geciteerde stelsel van P. Fiore is geen nieuw stelsel van uitvoerbaarheid: het valt onder het sub. 3° vermelde.

[2]) Asser, La Convention de la Haye du 14 Nov. 1896.

[3]) Art. 12 de la Convention du 14 Novembre 1896. Les condamnations aux frais et dépens du procès, prononcées dans un des Etats contractants contre le demandeur ou l'intervenant dispensés de la caution où du dépot en vertu soit de l'article 11, soit de la loi de l'Etat ou l'action est intentée, seront rendues exécutoires dans chacun des autres Etats contractants par l'autorité compétente après la loi du pays.

Wordt de materieele verhouding gewijzigd, dan is het ongetwijfeld waar, dat de toestand der zaken of personen beoordeeld moet worden volgens de gewone regels van het materieele Internationale Privaatrecht: of het huwelijk ontbonden is, of niet, is alleen te beoordeelen naar het recht van het land van dengene, wiens status ter sprake komt; of op onroerend goed beslag ligt is te beoordeelen naar het forum rei sitae.

Maar dit bepaalt niets voor de vraag, welke rechter het huwelijk van een Nederlander KAN ontbinden, welke rechter op een Nederlandsch onroerend goed beslag KAN leggen.

En dan meenen wij, dat ook hier dezelfde beginselen gelden als voor de bovenvermelde gevolgen.

Alleen een Nederlandsche rechter derhalve heeft het recht het huwelijk van een Nederlander te ontbinden, alleen hij mag een Nederlander meerderjarig verklaren, op goederen in Nederland beslag leggen, een Nederlandschen rechtspersoon opheffen, enz. enz. [1])

Beschouwen wij enkele dier rechtswijzigingen afzonderlijk.

Op goederen en personen anders dan op de voorgeschreven wijzen beslag te leggen is niet alleen ongeoorloofd, maar zelfs onmogelijk. Het kan geschieden òf door den deurwaarder op bepaalde zaken òf door de rechtbank op het geheele vermogen door iemands faillietsverklaring uit te spreken, of aan iemand surséance van betaling te verleenen. Een andere wijze van beslaglegging is geen beslag in den zin van de Nederlandsche wet: als een Fransche „huissier" of een Duitsche „Gerichtsvollzieher" hier in Nederland een goed in beslag zou willen nemen, dan is die handeling van nul en geener waarde. Aangezien nu het karakter van het beslag door de rechtbank gelegd, m. i. niet van het zooeven genoemde verschilt, ontstaat door eene beschikking van een vreemden rechter ten doelhebbend beslag te leggen, geen beslag op goederen in Nederland gelegen of aanwezig [2]).

[1]) Zie boven pag. 10. Zie ook v. DEN HAM pag. 18.

[2]) De jurisprudentie pleegt op grond van het positieve recht de gevolgen der faillietverklaring te beperken tot het gebied van den Staat, waar het is uitgesproken. Zie ASSER Schets pag. 170.

Anders voor ons recht Mr. D. JOSEPHUS JITTA, Academisch Proefschrift pag. 135. Dezelfde in „Méthode du Droit International Privé" pag. 303.

Evenmin kan een vreemde rechter aan eenen Nederlandschen rechtspersoon haar rechtspersoonlijkheid ontnemen. Deze immers verliest zijne rechtspersoonlijkheid alleen op de in de wetten aangevoerde grondenen daaronder is een buitenlandsch vonnis niet vermeld.

Niets anders moet dan naar m. i. voor een huwelijk gelden: het huwelijk van een Nederlander kan derhalve slechts door eenen Nederlandschen rechter ontbonden worden.

Dit volgt niet alleen uit het algemeene beginsel, maar ook uit de gevolgen der tegenovergestelde opvatting. Kent men aan eene vreemde uitspraak kracht toe, dan kan men bij het ontbreken van bepalingen niets anders aannemen dan, dat die uitspraken hier te lande dezelfde kracht en in dezelfde gevallen kracht hebben als in hun eigen land. In Nederland, Frankrijk en Duitschland geldt dit [1]), dat ook de uitspraak van een onbevoegden rechter, die in kracht van gewijsde is gegaan, kracht heeft. Huldigt men dus het beginsel, dat een vreemde rechter de macht heeft het huwelijk van een Nederlander te ontbinden, dan zou steeds die ontbinding kracht hebben, ook al was die rechter geheel onbevoegd! [2])[3])[4]).

II. Op het gezag van gewijsde zijn de boven uiteengezette

---

[1]) In andere landen misschien ook wel, maar daarvan kunnen wij het niet met zekerheid zeggen.

[2]) In Rusland schijnt men de huwelijken van de Israëliten, dien in den tegenwoordigen oorlog ten strijde trokken, met het oog op hier niet interesseerende omstandigheden, collectief tijdelijk ontbonden te hebben. Kent men aan den vreemden rechter de macht toe huwelijken van Nederlanders te ontbinden dan konden de Russische autoriteiten dien maatregel op Nederland toepasselijk verklaren en dan zou ieder moeten erkennen, dat alle huwelijken ontbonden zijn. Vgl. Algemeen Handelsblad van 16 December 1904.

[3]) T. M. C. Asser behandelt in zijn Schets pag. 84 de vraag, wanneer men recht heeft op ontbinding, stilzwijgend uitgaande van het denkbeeld, dat alleen de ontbinding door den bevoegden rechter kracht heeft; wij de vraag, welke kracht de uitspraak, die de ontbinding uitspreekt, heeft. — Op pag. 88 zegt hij, dat veelal uitgegaan wordt van het denkbeeld, dat alleen de rechter van het land van den persoon in gedingen, die den status betreffen, bevoegd is waardoor het practisch resultaat dus vrijwel hetzelfde wordt.

[4]) Over de voorgestelde Internationale Regeling zie T. M. C. Asser „La Convention de la Haye du 14 Nov. 1896", p. 57.

beginselen toe te passen. Een rechtsverhouding beoordeelen kan natuurlijk ieder en ook ieder heeft daartoe het recht. Maar het recht en de macht bindend over de rechten van Nederlanders te beslissen, draagt de wet op aan de Nederlandsche Rechterlijke Macht; — maar tevens bepaalt zij, dat een uitspraak door die Rechterlijke macht geveld, steeds bindend is in Nederland, ook al betreft zij de rechtsverhoudingen van vreemdelingen. Aan uitspraken van buitenlandsche rechters wordt het gezag van gewijsde niet verleend [1].

Zoo is het dus volgens den algemeenen regel. Daarmede stemt de bepaling van art. 431 2e lid Wetb. v. Burg. Rechtsv. overeen, bepalende, dat de gedingen, die in den vreemde behandeld zijn, opnieuw bij den Nederlandschen rechter behandeld en afgedaan kunnen worden, of m. a. w., dat die vonnissen geen gezag van gewijsde hebben.

De wet erkent echter, dat uitzonderingen voorkomen, iets wat natuurlijk overbodig is, daar de speciale bepaling altijd aan de algemeene derogeert.

In de gevallen, waarin het vreemde vonnis wel gezag van gewijsde heeft, zal de inhoud en omvang beoordeeld moeten worden naar de wetten van het land, waartoe de Rechterlijke Macht, die het velde, behoorde [2]. Daarom behoort de vraag of buitenlandsche vonnissen hier te lande gezag van gewijsde hebben, niet te gelijk behandeld te worden met de vraag, welke vonnissen het Nederlandsche gezag van gewijsde hebben, zooals desniettegenstaande algemeen gedaan wordt [3].

Is, ambtshalve toepassing voorgeschreven, zooals volgens Hellwig [4]) in Duitschland het geval is, dan zal ook onze rechter het ambtshalve moeten toepassen. Hebben de gronden

---

[1]) Men zou misschien geneigd zijn aan te voeren, dat daar het gezag van gewijsde slechts bij uitzondering aan uitspraken verleend wordt, reeds uit het ontbreken eener bepaling, die het toekent, kan afgeleid worden, dat buitenlandsche vonnissen hier geen gezag van gewijsde hebben. Dit zou echter onjuist zijn, omdat hier geen sprake is van het toekennen van het Nederlandsche gezag van gewijsde, maar van het erkennen van het vreemde gezag van gewijsde.

[2]) Hierop heeft men ten onrechte nooit gewezen.

[3]) Vgl. Binnerts pag. 55.

[4]) Pag. 12.

gezag van gewijsde, dan zal de rechter ook het daarin besliste als onbetwistbaar moeten aannemen; is de verhouding vastgesteld zonder te letten op de aangevoerde feiten, dan moet die omvang ook hier gelden. Gelden voor „deelvordederingen" speciale bepalingen, dan moeten ook die toegepast worden.

Zijn sommige vonnissen van het gezag van gewijsde uitgesloten, dan hebben deze ook geen gezag van gewijsde hier te lande. Neemt men met SCHMIDT [1]) aan, dat Duitsche vonnissen, die de niet-ontvankelijkheid uitspreken, het niet hebben in Duitschland, dan hebben deze het ook hier niet.

Niet anders staat het met de bepalingen omtrent uitbreiding op derden.

Heeft een land geen bepalingen met ons gezag van gewijsde geheel overeenkomende, dan gelden de daarmee verwante voorschriften zoo in Engeland en Amerika „estoppel" en „merger" [2]). Of is de geheele instelling onbekend, zoo als in het Mohammedaansche Recht, bijv. in Algiers [3]) dan is er natuurlijk ook geen sprake van, dat het vonnis bij ons herhaling zou beletten [4]).

De uitzonderingen in ons recht voorkomende zijn in de eerste plaats de in de verschillende artikelen onzer Wetboeken vermelde; en in de tweede plaats, diegenen, die in de wetten van onze koloniën en bezittingen voorkomen, alsmede in de consulaire wetgeving.

1. Als uitzonderingen worden drie artikelen genoemd en wel 724 W. v. K., 658 W. v. K. en 40 Rijnvaart-akte [5]).

---

[1]) Prozessr. § 97, II.

[2]) Vgl. MENDELSOHN-BARTHOLDY pag. 199—300.

[3]) Alger. 6 Oct. 1861 Jurisprudence Algérienne. Estoublon t. 3 p. 32 No. 209. Cour de Cassation 14 juillet 1873 D. 74 1. 308.

[4]) Anders LACOSTE n. 208. GARSONNET § 1134.

[5]) Sommigen meenen, dat er voor status vonnissen een uitzondering te maken is, omdat het het statutum personale betreft, V. D. HAM pag. 18; of wel, omdat art. 431 alleen betrekking heeft op vonnissen qui exige(nt) une intervention active des autorités, JITTA Methode 303. Was dit waar, dan zou het naar mijn bescheiden opinie 1°. nooit toepasselijk zijn bij afwijzende vonnissen, en 2°. is het m. i. duidelijk,

Het eerste artikel houdt in, dat in het buitenlands de avarij-grosse door de aldaar bevoegde macht opgemaakt wordt. Natuurlijk bedoelt dit niet een regeling te geven voor wat de buitenlandsche autoriteiten moeten doen; klaarblijkelijk wil het alleen bepalen, dat een dergelijke avarij-grosse hier te lande kracht zal hebben. Men neemt algemeen aan, dat zij gezag van gewijsde heeft, terwijl toch alle auteurs aan de Nederlandsche en Fransche homologatie gezag van gewijsde ontzeggen, als zijnde een handeling in jurisdictio voluntaria. Wij echter moeten aan buitenlandsche avarij-grosse alleen dan gezag van gewijsde toekennen, wanneer zij dit in het vreemde recht heeft [1]). En aan den anderen kant toonden wij reeds vroeger aan, dat het er niet toe doet of een uitspraak in voluntaire jurisdictie gegeven is, maar dat alleen van belang is of er een declaratoir is gegeven. Dit is m. i. het geval bij de Nederlandsche en Fransche avarij-grosse: er wordt nl. verstaan, dat die verdeeling der schade in overeenstemming met de wet is [2]).

Men hoede zich voor de opvatting, dat die buitenlandsche uitspraak eerst gezag van gewijsde hier te lande verkrijgt door de uitvoerbaarverklaring. Ware dit zoo, dan zou de uitspraak, die buiten 's lands een homologatie of hoe men het daar noemen mag, weigert, hier geheel zonder invloed zijn. Men zal toch moeten aannemen, dat men dezelfde reeds verworpen averij-grosse hier niet meer mag aanbieden, omdat men daarin door het gezag van gewijsde belet wordt.

Art. 658 Wetb. v. Koophandel behelst geen uitzondering op den regel. Het bepaalt, dat de beslissing van een buitenlandschen rechter, dat een als neutraal verzekerd goed niet

dat de woorden v. h. 2e lid betrekking hebben op het „gezag van gewijsde zaak".

En wat Van den Ham's opmerking betreft, meenen wij, dat de staat van personen zeker naar de wetten van het land beoordeeld moeten worden, maar dat daaruit niets volgt omtrent het declaratoir over den Status.

[1]) Dat wil niet zeggen, dat zij, wanneer zij geen gezag van gewijsde heeft, geen kracht heeft hier te lande. Misschien komt de rechterlijke macht er in het geheel niet bij te pas en is er dus sprake van kracht van een maatregel der uitvoerende macht.

[2]) Vgl. pag. 40 en 50.

onzijdig is, den verzekeraar niet bevrijdt, indien de verzekerde aantoont, dat het goed wel onzijdig is en dat hij alle middelen bij dien rechter heeft aangewend. Dit vonnis levert dus tegen den verzekeraar bewijs op behoudens tegenbewijs; en dat levert het altijd op, ook al kent het buitenlandsche recht geen dergelijke bewijswerking [1]). Hier verleent onze wet aan een buitenlandsch vonnis een eigenaardige werking en is er geen sprake van erkenning van een in het buitenland bestaande werking van het vonnis [2]).

Een werkelijke uitzondering wordt gemaakt in art. 40 van het Rijnvaart-tractaat van 17 October 1868. De vonnissen van de Rijnvaartrechters kunnen in alle oeverstaten ten uitvoer worden gelegd, met inachtneming der vormen van het land, waar de uitvoering geschiedt. Klaarblijkelijk is het de bedoeling van dit tractaat te bepalen, dat die vonnissen in de vreemde staten dezelfde kracht hebben als in het land, waar zij gewezen zijn, en dat zij dus o. a. ook gezag van gewijsde hebben in alle Rijnoever-staten, wanneer zij het hebben in den staat, waar ze gewezen zijn.

2. Onder de vreemde vonnissen behooren m.i. al de vonnissen buiten Nederland gewezen. Nederlandsche vonnissen zijn alleen diegenen, die gewezen zijn door de Rechterlijke macht bedoeld in de Grondwet en nader aangewezen in de Rechterlijke Organisatie alsmede, die door scheidslieden hier te lande gewezen zijn. Alleen op dezen zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorderingen toepasselijk. Daar vallen dus buiten de vonnissen gewezen in Nederlandsch Oost-Indië, Suriname, Curaçao alsmede door onze consulaire rechtbanken [3]). Toch hebben die uitspraken in Nederland gezag van gewijsde, maar — wij

---

[1]) Ook natuurlijk niet of een vonnis gezag van gewijsde heeft: ook dus bijv. de uitspraken in Algiers hebben deze werking.

[2]) Bovendien is de vraag of een schip al of niet onzijdig is geen vraag van burgerlijk recht, maar van volkerenrecht en speciaal van oorlogsrecht en valt de vraag dus strikt genomen buiten ons onderwerp.

[3]) Anders Asser, Schets pag. 125. De zaak heeft niet veel belang, daar het schijnt, dat het gezag van gewijsde volgens dat recht vrijwel overeenstemt met dat volgens het Nederlandsche Recht.

herhalen het — alleen in zoo verre en in dien omvang, als zij het in onze bezittingen of koloniën of krachtens onze consulaire Wetten hebben.

Art. 104 2e lid van het Nederlandsch-Indisch Regeeringsreglement bepaalt, dat de in onze Oost Indische bezittingen gewezen vonnissen in Nederland executoir zijn, terwijl men veilig mag aannemen, dat ook de bedoeling was aan deze gezag van gewijsde toe te kennen.

Hetzelfde wordt bepaald voor Suriname in art. 140 2e lid van het Regeeringsreglement voor Suriname (1865) en door art. 161 2e lid van het Regeeringsreglement van Curaçao voor Curaçao; voor de vonnissen der consulaire rechtbanken door de wet van 25 Juli 1871 Stb. No. 32.

Wij veronderstelden tot dusverre, dat de vonnissen door vreemde autoriteiten geveld waren. Maar niets anders geldt, wanneer zij door scheidslieden in den vreemde zijn uitgesproken. Door het vreemde gezag van gewijsde zijn de Nederlanders hier niet gebonden. Er is trouwens ook geen rechtbank aangewezen, die het vonnis executoir kan verklaren. Maar dit neemt niet weg, dat men gebonden kan zijn door de overeenkomst, waarbij men het geschil aan scheidsrechters opdroeg. Verklaarde men daarbij zich aan de uitspraak te zullen houden, dan is men door die overeenkomst verplicht zich van betwisting te onthouden. De nakoming dier overeenkomst kan natuurlijk ook hier gevorderd worden. Doet men dit, dan zal de rechter verstaan, dat partijen aan het door de vreemde scheidslieden besliste gebonden zijn en hen dien overeenkomstig veroordeelen.

Ware er van gezag van gewijsde sprake, dan moest hij den eisch niet ontvankelijk verklaren.

STELLINGEN.

I.

Het testamentum comitiis calatis is een arrogatio mortis causa.

II.

Iemand, die gratis bij een ander inwoont, kan zijn goederen aan het pandbeslag op diens goederen onttrekken, door het bewijs der gratis-inwoning.

III.

Art. 10 van de Wet van 30 Sept. 1893, Stb. No. 146 bevat een geval van vernietiging en niet van nietigverklaring.

IV.

Degenen, die bouwmaterialen leverden voor de bouw van een huis behoorden een voorrecht te hebben op de opbrengst van het gebouwde.

V.

Tusschen gemengde vrijwillige rechtspraak en eigenlijke rechtspraak bestaat uitsluitend een formeel onderscheid.

VI.

Iemand, die eens anders zaak wil waarnemen door te procedeeren, behoort niet-ontvankelijk verklaard te worden.

VII.

Ten onrechte keurt FAURE (Het Ned. Burg. Procesrecht deel V, p. 355) het rechtsmiddel „derden verzet" af.

VIII.

Een ontbonden naamlooze vennootschap kan worden failliet verklaard.

IX.

De vraag, of schadevergoeding geëischt kan worden wegens verbreking van trouwbeloften, moet beoordeeld worden volgens de nationale wet van dengeen, die haar aflegde.

X.

Regeling van disciplinaire straffen van de beambten der Gemeentepolitie behoort bij den Burgemeester.

XI.

Krachtens art. 42 Wetb. v. Strafr. is de medicus, die de geneeskunde uitoefent volgens de regelen van zijn kunst, niet strafbaar.

XII.

De rechter-commissaris kan — buiten het geval van ontdekking op heeterdaad — geen huiszoeking verrichten dan na het openen der instructie.

XIII.

Bij een eventueele wettelijke regeling van het levensverzekeringbedrijf verdient het stelsel van verplichte door de wet geregelde openbaarmaking de voorkeur boven dat van Staatstoezicht op die maatschappijen.

CORRIGENDA.

Pag.	*XII*	regel 12	v. o.	staat: *van*, lees: *voor*.
„	*XVIII*	„ 3	„ „	„ *créasiers*, lees: *créanciers*.
„	*44*	„ 1	„ „	text staat: *berichting*, lees: *bekrachtiging*.
„	*65*	„ 6	„ „	noot staat: ¼, lees: *8*.
„	101	„ 15	v. b.	text staat: *op zich genomen heeft*, lees: *heeft op zich genomen*.
„	101	„ 21	„ „	moet *niet meer* vervallen.
„	103	„ 19	„ „	in te vullen: *91*.
„	110	„ 3	v. o.	text staat: *als de*, lees: *als waarop de*.
„	136	„ 9	v. b.	„ „ *ontleend*, lees: *ontleent*.
„	145	„ 4	v. o.	noot staat: *sub 4*, lees: *sub d*.
„	181	„ 2	„ „	„ moet *niet* vervallen.